



ISABELLE PATROCINIO MATTOS

**Restrição imposta à participação em concurso público de
candidato que responda a processo criminal**

Brasília

2014

ISABELLE PATROCINIO MATTOS

**Restrição imposta à participação em concurso público de candidato que
responda a processo criminal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UnICEUB.

Orientador: Humberto Fernandes de Moura

Brasília

2014

ISABELLE PATROCINIO MATTOS

**Restrição imposta à participação em concurso público de candidato que
responda a processo criminal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Humberto Fernandes de Moura

Banca Examinadora

Humberto Fernandes

Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

Brasília

2014

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me dado calma e tranquilidade para chegar até aqui sem desistir.

Agradeço à meus pais por estarem sempre me orientando em busca dos melhores caminhos, acreditando em meu potencial, fornecendo-me as melhores condições de crescimento.

Agradeço à minha família como um todo, principalmente, à minha irmã Ingryd, minha tia Flávia, meu avô Antônio e minha avó Armanda por me fornecerem todo o apoio necessário nessa jornada.

À minhas amigas Ana Luíza Coelho, Carolina Souza que representam 16 anos da minha vida, de muita amizade e companheirismo, que estão sempre presentes, acreditando em mim e me apoiando nas mínimas conquistas diárias.

À todos os meus amigos que conheci durante esses cinco anos de faculdade, especialmente, Adrise Lage, Milena César, Lucélia Diniz e Ana Carolina Teixeira que, mesmo nos momentos mais difíceis, não me deixaram desistir e me ajudaram de alguma forma, com conselhos, broncas e conversas.

Obrigada pelas muitas risadas ao longo do curso, sobretudo, àquelas que vieram da Turma B, noturno.

RESUMO

O presente trabalho visa elucidar a polêmica contida no Recurso Extraordinário 560.900, dotado de repercussão geral, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Busca-se avaliar se a restrição posta no edital do concurso no qual participou o candidato Robério Agostinho da Silva é legal tendo em vista a exigência que impedia a participação daqueles candidatos que estivessem respondendo a processo criminal. A essência desse estudo é a análise acerca da possibilidade de aplicação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade ou do princípio constitucional da moralidade administrativa frente a esse caso concreto de modo a se verificar qual deles deveria prevalecer quando de seu julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e se a solução encontrada poderia vir a ser aplicada de maneira uniforme em casos semelhantes.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Criminal. Concurso Público. Restrição posta em editais. Processos criminais em curso. Presunção de não culpabilidade. Moralidade Administrativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DO CASO DOS AUTOS: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 560.900	9
1.1 DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.....	9
1.2 DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO PELA PROCURADORIA DO DISTRITO FEDERAL	10
1.3 DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELA PROCURADORIA DO DISTRITO FEDERAL.....	12
1.4 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	15
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	17
2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE.....	17
2.1.1 <i>Os concursos públicos e a presunção de inocência ou de não culpabilidade</i>	25
2.1.1.1 <i>Avaliação de vida pregressa e investigação social como requisito para ingresso em cargo público</i>	28
2.1.1.1.1 <i>Investigação no âmbito penal</i>	32
2.1.1.1.1.1 <i>Antecedentes criminais</i>	33
2.1.1.1.1.2 <i>Antecedentes x Reincidência</i>	36
2.1.1.2 <i>Efeitos penais gerados em caso de suspensão condicional do processo</i>	41
2.2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA	44
2.3 CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE X MORALIDADE ADMINISTRATIVA	48
3 AS FUNÇÕES DA PENA	51
3.1 FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL	55
3.2 A VALIDADE DA EXCLUSÃO DE CANDIDATO DE CONCURSO PÚBLICO FRENTE À FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL DA PENA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	59
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIA	73

INTRODUÇÃO

Devido a algumas dificuldades frente á iniciativa privada, espelhando poucas chances de ascensão social, os brasileiros estão cada vez mais optando pela realização de concursos públicos tendo em vista as remunerações atrativas e a promessa de estabilidade no serviço público. O concurso é o mecanismo mais eficaz por meio do qual a Administração Pública lança mão para avaliar as condições do candidato mais apto a assumir um cargo público. Alguns editais de concurso prevêm diversas etapas a fim de obter uma conclusão prévia sobre o candidato que irá desempenhar determinadas funções públicas para que, ao final, se possa ter certeza de que aquele indivíduo realmente merece a confiança da Administração Pública.

O tema do presente trabalho cinge-se à discussão acerca da consideração do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade diante de regras impostas por alguns editais impedindo que candidatos que estejam respondendo a processo criminal ingressem na carreira pública. As exigências previstas na fase de análise de vida pregressa e investigação social apontam para a hipótese de exclusão do candidato do certame tendo em vista a mera existência de processos criminais em curso em seu desfavor o que parece ir de encontro ao postulado constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 que aduz que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”*.

O problema surge quando se invoca, igualmente, o princípio constitucional da moralidade administrativa do art. 37 da Constituição Federal de 1988 com vistas a se admitir a validade da exclusão de candidatos que estejam respondendo a processos criminais, posto que tal situação esbarraria na exigência imposta no âmbito administrativo segundo a qual o sujeito deve possuir boa conduta social e moral para assumir um cargo público. Assim, mesmo que a existência de processos criminais em curso não atentassem ao princípio da presunção de não culpabilidade, atentaria sobre a moralidade da Administração Pública em admitir tais “desvios”. Nesse sentido, o próprio interesse da sociedade, que reclama pela mais perfeita lisura no que diz respeito ao desempenho de funções públicas, estaria comprometido.

A partir de tais premissas, utilizar-se-á para análise desses dois princípios constitucionais a situação ocorrida nos autos do Recurso Extraordinário 560.900, pendente de

juízo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para que, oportunamente, sejam demonstrados os argumentos que sustentam as teses acerca da legalidade da exclusão ou não de candidato de concurso público pelo fato de estar respondendo a processo criminal.

Assim sendo, no capítulo 1, através das peças eletrônicas disponíveis no *site* do Supremo Tribunal Federal, será feito um breve resumo do ocorrido no Recurso Extraordinário 560.900. Este por sua vez, fora utilizado como parâmetro para a pesquisa de modo a comparar a situação vivenciada pela parte (candidato) e aplicá-la na análise de outros casos concretos que também envolvem questões semelhantes.

No capítulo 2, serão expostos os conteúdos dos princípios constitucionais colocados em discussão no Recurso Extraordinário 560.900, quais sejam, presunção de não culpabilidade e moralidade administrativa.

Serão tecidas algumas considerações acerca dos concursos públicos em geral e a necessidade dos editais para regulá-los, tanto concursos de provimento originário como naqueles em que os candidatos já são da carreira pública (cursos de formação). Nessa parte, serão verificadas exigências estabelecidas, principalmente, no edital do curso de formação do qual o candidato dos autos do RE 560.900 participou bem como outras exigências previstas em outros concursos, tais como àquelas relativas à análise de vida pregressa e de investigação social. A esse respeito, a investigação ocorrida no âmbito penal será analisada com maior destaque, pois alguns concursos públicos contam com a exigência de apresentação de certidão de “nada consta criminal” pelos candidatos de modo a se comprovar a inexistência de maus antecedentes criminais em seu desfavor.

Por conseguinte, será explicitado o que se caracterizam os maus antecedentes e sua relação com o princípio constitucional da não culpabilidade. De igual modo, analisar-se-á também o aspecto dos antecedentes criminais em caso de extinção da punibilidade decorrente de suspensão condicional do processo, mais precisamente, os efeitos penais decorrentes desse instituto, pois como se verá, essa foi a situação ocorrida com candidato “paradigma” no Recurso Extraordinário 560.900. Ao final do capítulo mencionado, será possível a diferenciação acerca dos efeitos penais decorrentes de uma sentença condenatória transitada em julgado e os decorrentes de uma mera suspensão condicional do processo.

. Verificar-se-á no Recurso Extraordinário 560.900 a ocorrência de um aparente conflito de princípios constitucionais do qual se sugere a resolução por intermédio da teoria da ponderação proposta por Robert Alexy.

No capítulo 3, adentrar-se-á nas chamadas funções da pena com maior enfoque na função preventiva especial da pena, pois ao final de todo o conteúdo exposto, será trazido o ponto de vista que parece ser o mais adequado quanto á validade da exclusão de candidato de concurso público devido à restrição imposta em editais de concursos públicos com relação à candidatos que estejam respondendo a processo criminal, mormente, diante da situação dos autos do RE 560.900. Buscar-se-á, ao final, relacionar a situação ocorrida nos autos aos princípios constitucionais estudados, bem como estabelecer uma conexão com o fato do Estado, mesmo tendo estabelecido no ordenamento jurídico penal a função preventiva especial da pena, não conceber que indivíduos que estejam a atendendo, não possam ter sua participação deferida em concursos públicos.

1 DO CASO DOS AUTOS: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 560.900

O Recurso Extraordinário 560.900 é o *Leading Case* da repercussão geral existente na questão constitucional acerca da consideração do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade diante da restrição posta aos candidatos que respondam a processos criminais, mesmo que exista a mera denúncia criminal. Trata-se de questão de inegável importância para que todos os entes federados e todas as entidades que realizam certames públicos sejam sinalizados quanto à abrangência do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. A questão constitucional suscitada revela-se transcendente ao mero interesse das partes, interessando à Administração Pública em geral e a outros candidatos que estejam submetidos a situações semelhantes.

Proceder-se-á a uma breve análise desse processo de modo a esclarecer a situação ocorrida para que, posteriormente, sejam tecidas considerações sobre os pontos mais importantes do discurso.

1.1 DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Robério Agostinho da Silva, policial militar, impetrou Mandado de Segurança contra ato do Coronel Diretor de Ensino da Polícia Militar do Distrito Federal, pois teve sua matrícula indeferida quando da realização do III Curso de Formação de Cabos e Combatentes da Polícia Militar do Distrito Federal. A juíza da Quinta Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal e Territórios concedeu a segurança para que o candidato participasse do aludido Curso aduzindo ser a regra do edital contrária ao postulado da presunção de não culpabilidade.¹

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 560.900 RG. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

1.2 DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO PELA PROCURADORIA DO DISTRITO FEDERAL

Irresignado, o Distrito Federal interpôs, por conseguinte, Apelação Cível e Remessa Oficial contra sentença da Juíza de Direito da Quinta Vara de Fazenda Pública do Distrito sob o argumento de que o apelado não possuía idoneidade moral para participar do curso de formação.

Nas razões do Recurso de Apelação interposto pelo Distrito Federal, apontou-se que o candidato fora denunciado por crime de falso testemunho previsto no art. 342 do Código Penal Brasileiro sendo que, o edital do certame previa que os militares que estivessem respondendo a processos criminais, inquéritos policiais ou processos disciplinares, não poderiam participar dos cursos de formação estando, portanto, impedidos de frequentar cursos dessa espécie enquanto perdurasse tal situação proibitiva. Aduziu ainda, não ter havido nenhuma violação de direito líquido e certo do impetrante além do não prosperar a alegação de confronto ao princípio da presunção de inocência (não culpabilidade).

O Apelado, no entanto, em suas contrarrazões recursais pugnou pela manutenção da sentença proferida em Mandado de Segurança e informou ainda sobre a ocorrência da suspensão condicional do processo ao qual respondia e promoveu, portanto, a juntada do “nada consta criminal” aos autos.²

Em Sessão Ordinária de Julgamento do dia 10/05/2007, a Sexta Turma Cível proferiu decisão a esse Recurso de Apelação a partir dos votos a seguir:

O desembargador e relator do processo, Otávio Augusto, reconheceu os pressupostos de admissibilidade do recurso e negou provimento ao mesmo. Aduziu que o debate cingia-se em torno da transgressão ao inciso LVII do rol das garantias constitucionais: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, devido à rejeição de matrícula do impetrante para frequentar o Curso de Formação, por apresentar processo criminal em seu desfavor, pendente de julgamento pela Vara Criminal do Tribunal do Júri e dos Delitos de Trânsito de Brasília/DF.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 560.900 RG. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

Embora o Apelante tenha sustentado em suas razões a falta de idoneidade moral do apelado, para ele, tal argumento não merecia prosperar, tendo a Juíza da Quinta Vara dado a mais correta solução à lide. Em um trecho do voto, o Relator da Apelação Cível, salienta que:

“A exclusão do impetrante na seleção para o Curso de Formação de Cabos pela simples denúncia ofertada pelo Órgão Ministerial extrapola o razoável, tornando-se uma decisão tendenciosa, pois, enquanto não condenado por sentença transitada em julgado, há de se presumir a inocência do acusado, conforme regra constitucionalmente preconizada. No caso dos autos, há uma mera imputação; não há condenação. Em verdade, se assim se concebesse, já estaria o impetrante sendo punido por um crime que não se sabe se foi realmente cometido.”³

O ato de exclusão do candidato se pautou na ausência de capacitação moral para exercício da função (sem nem sequer se provar a culpabilidade do fato). Isso esbarraria na garantia constitucional da presunção de não culpabilidade. Para ele, a presunção antes da sentença transitada em julgado é de inocência e não de culpabilidade.⁴

Ademais, sustentou ainda que a presunção havida no Decreto Distrital 7.456/83 bem como a contida no edital do curso era inaceitável uma vez que a referida lei era de 1983 e encontra-se tacitamente revogada pelo que dispõe o artigo 5º, LVII da Constituição Federal, que é de 1988. Para o Desembargador a alegação de preterição do candidato por haver suposta mácula ao indivíduo enquanto submetido à persecução penal não se mostra coerente devido ao fato de o apelado já ser membro de carreira da Polícia Militar do Distrito Federal e, não sendo possível ser apto para a promoção à patente de cabo, também não poderia estar realizando as funções de soldado.⁵

Outro argumento utilizado para se negar provimento ao Recurso de Apelação debruçou-se na ocorrência de suspensão condicional do processo, ou seja, o apelado teria obtido a suspensão condicional do processo. O relator esclarece:

“[...] na suspensão condicional do processo, há, tão somente, uma sustação da ação penal após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

requisitos e obedeça a certas condições durante o prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade quando não der causa à revogação do benefício.”⁶

A Desembargadora Sandra de Santis também negou provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Distrito Federal. Ela, por sua vez, seguiu o mesmo posicionamento adotado pela já citada Juíza, na origem, e afirmou que foi dada a mais correta interpretação ao artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Nesse sentido, tanto o relator da Apelação Cível vergastada quanto à revisora propugnaram o entendimento de que o Decreto nº 7.456 (previsto no edital) remonta ao ano de 1983, enquanto que nossa Constituição é de 1988, estando tal norma, portanto, tacitamente revogada. Assim, cita-se um trecho do voto da Desembargadora revisora:

“[...] As normas anteriores à Constituição e com ela incompatíveis não são recepcionadas. A MMª Juíza consignou: De fato a norma editalícia que veda a matrícula de qualquer graduado que esteja denunciado por crime doloso encontra-se amparada no Decreto nº 7/456/1983 [...]. Contudo, tal regulamento data de 1983, anterior à Constituição de 1988 e, ao que me consta, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional vigente, tendo em vista que esta prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.”⁷

A vogal, senhora Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito acompanhou o voto do relator.⁸

1.3 DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELA PROCURADORIA DO DISTRITO FEDERAL

A Procuradoria-Geral do Distrito Federal interpôs Recurso Extraordinário em 31/05/2007 perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, demonstrando os requisitos do cabimento e tempestividade inerentes ao recurso. O requisito do prequestionamento também foi atendido pelo órgão ministerial, pois o tribunal local teria enfrentado a matéria

⁶ MIRABETE apud Des. Otávio Augusto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 18 mar 2014

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

constitucional quando do julgamento da apelação cível e sendo assim a matéria estaria ventilada.⁹

A Procuradoria-Geral do Distrito Federal trouxe diversos fundamentos para sustentar a existência da repercussão geral do caso em apreço. O Órgão Ministerial aduziu que a questão jurídica trazida a exame, em sede de Recurso Extraordinário, ultrapassa a esfera dos interesses subjetivos das partes, pois a matéria seria de interesse de corporações militares e de toda a sociedade civil. Abordou ainda que a decisão a ser obtida com o debate do Recurso servirá de parâmetro para a resolução de diversas ações que tramitam em diversos Tribunais do país. Para ilustrar as divergências nas decisões tomadas, o Órgão trouxe vários precedentes que apontam para o reconhecimento do princípio da moralidade administrativa em detrimento da presunção de inocência quando existir processos criminais em curso em desfavor de candidatos, em contraposição ao salientado Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Ao discorrer sobre os fatos, mencionou todo o ocorrido no processo e, inclusive, que ao decidir, a Sexta Turma Cível não observou as disposições previstas no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, ou seja, assumiu um posicionamento contrário ao da Turma quanto ao cabimento do princípio constitucional da presunção de inocência ao caso narrado.

Os argumentos Distrito Federal em sede de Recurso Extraordinário foram os seguintes:

“[...]28. O princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, tem por escopo vedar que os efeitos da condenação penal se produzam antes do trânsito em julgado nas hipóteses de caráter de definitividade da penalidade, tais como, por exemplo, na perda de bens, na perda de cargo público, na suspensão de direitos políticos, etc.

30. [...] o registro de ações penais e/ou inquéritos pendentes em nome do candidato, mesmo que ainda não haja condenação transitada em julgado, constitui evidentemente, fato desabonador de uma conduta que se pretende moralmente idônea, suficiente a impedir a ascensão na carreira policial militar.

32. Cumpre observar que, especificamente, na hipótese dos autos, o Apelado está respondendo criminalmente por falso testemunho. Tal conduta ganha especial significação em uma Corporação militar que deve zelar pela manutenção da ordem e respeito à lei.

33. [...] o simples fato do miliciano estar respondendo à processo criminal ou disciplinar tem absoluta e necessária repercussão na progressão de carreira, porque passarão a ter parcela maior de comando.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176567#2%20-%20RECURSO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

35. [...] A esfera penal não se confunde com a administrativa, de sorte que, o requisito exigido de não se encontrar respondendo a inquérito policial e/ou ação penal não revela qualquer afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, mormente se a regra constitucional “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” é uma garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal, não se estendendo seus efeitos à esfera administrativa

36. [...] a inobservância da exigência da Administração Pública Distrital levaria ao cúmulo de se permitir a participação de concorrentes envolvidos em sérias denúncias de práticas criminosas, extremamente lesivas à segurança e incolumidade pública.”¹⁰

Resumindo, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios sustentou que o candidato não possuía idoneidade moral para freqüentar o Curso de Formação mencionado visto que fora denunciado pelo crime de falso testemunho do art. 342 do Código Penal. Isso porque uma Corporação Policial Militar deve se reger pelos princípios da hierarquia, da disciplina, e da proteção do ordenamento jurídico e, diante disso, em havendo inquéritos ou ações penais em curso em desfavor do recorrido, mesmo que não haja trânsito em julgado, constituiriam situações desabonadoras de uma conduta que se pretende moralmente idônea, suficiente a impedir a ascensão na carreira de policial militar. Ademais, traria forte repercussão no que diz respeito à progressão de carreira ao Recorrido, até porque a ele seriam conferidas maiores parcelas de poder e, portanto, permitir-se-ia que indivíduos envolvidos em práticas criminosas participassem da Administração Pública.

Em conclusão, seria conceber que condutas extremamente lesivas à segurança e a incolumidade pública fossem aceitas no Serviço Público pela Administração Pública, o que iria de encontro ao princípio constitucional da moralidade administrativa, previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, para o Ministério Público, a exclusão do Recorrido seria pertinente.

Em decisão de 25 de julho de 2007, o Recurso Extraordinário em apreço teve seu processamento deferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.¹¹

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG. 2008*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176567#2%20-%20RECURSO>>. Acesso em: 18 mar 2014.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG. 2008*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2551965>>. Acesso em: 18 mar 2014.

1.4 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O processo foi regularmente distribuído ao Relator à época, Ministro Joaquim Barbosa. Em 08/02/2008 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral da controvérsia em apreço através do Plenário Virtual.¹²

Em 18/12/2012, a Advocacia-Geral da União apresentou petição pleiteando seu ingresso no processo para atuar como *amicus curiae* do Ministério Público do Distrito Federal nos termos do art. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil, e do art. 323, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme apresentação dos fundamentos relevância matéria constitucional e ainda alegação da representatividade adequada para esta atuação.

A AGU reportou-se a relevância da matéria constitucional, expondo que:

“Sempre que a solução a ser ministrada puder trazer implicações sociais assimétricas, será conveniente que, antes de decidir, essa Suprema Corte tenha conhecimento desses efeitos, de modo a ponderá-los da melhor maneira possível. Para isso, é salutar que ela franqueie a terceiros a faculdade de apresentar elementos de informação que singularizem as suas situações jurídicas.”¹³

Já com relação à representatividade, aponta que é pertinente a atuação da União tendo em vista que tem interesse no provimento do Recurso Extraordinário em análise. Portanto, conforme seu entendimento:

“Diversos são os concursos públicos destinados ao provimento de cargos do serviço público federal que exigem a "avaliação de vida progressa" ou a "investigação social" como etapa específica do concurso. A título de exemplo, pode-se citar os concursos destinados aos cargos da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN)\ do Departamento de Polícia Federal, do Departamento de Polícia Rodoviária Federais, do Departamento Penitenciário Nacional, das Forças Armadas, dentre outros.”¹⁴

Na petição trazida aos autos por essa instituição foram demonstradas exaustivamente as hipóteses que permeiam o provimento do recurso, apontando fundamentos

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=517171>>. Acesso em: 18 mar 2014.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3245252&ad=s#6%20Peti%E3o%20de%20apresenta%E3o%20de%20manifesta%E3o%20Peti%E3o%20de%20apresenta%E3o%20de%20manifesta%E3o%20>>. Acesso em: 18 mar 2014.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3245252&ad=s#6%20Peti%E3o%20de%20apresenta%E3o%20de%20manifesta%E3o%20Peti%E3o%20de%20apresenta%E3o%20de%20manifesta%E3o%201>>. Acesso em: 18 mar 2014.

como a possível restrição do princípio da presunção de inocência no âmbito não criminal e ainda àquele que diz respeito acerca prevalência do princípio da moralidade administrativa no que diz respeito à fixação de critérios para o ingresso no serviço público.¹⁵

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3245252&ad=s#6%20%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20%20Peti%E7%E3o%20de%20a%20presenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201>>. Acesso em: 18 mar 2014.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Tendo em vista a análise do caso dos autos do Recurso Extraordinário 560.900, os argumentos justificadores da eliminação ou não do candidato Robério, do concurso público, mesmo que na fase do Curso de Formação, se pautaram principalmente em dois princípios constitucionais. O primeiro, referente à presunção de não culpabilidade, garantia inerente à todo o cidadão e estabelecida constitucionalmente. Esse foi o entendimento assumido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ao negar provimento ao recurso de apelação interposto pela Douta Procuradoria de Justiça do Distrito Federal diante da decisão da 5ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal e Territórios que havia, em um primeiro momento, concedido a ordem para que o candidato desse continuidade ao Curso de Formação.

A Procuradoria de Justiça do Distrito Federal e Territórios, juntamente com a Advocacia-Geral da União (que teve seu ingresso no processo deferido para atuar como *amicus curiae*), por sua vez, sustentaram a tese que diz respeito à moralidade administrativa no que tange à possibilidade de um candidato, sem idoneidade moral, por haver processo em curso contra ele, vir a assumir um cargo público. Por esse entendimento, haveria aí uma incompatibilidade com o princípio da moralidade administrativa estabelecido igualmente na Constituição.

Insta consignar que há no caso em apreço o conflito aparente de dois princípios constitucionais e, mais do que isso, de interesses distintos. A presunção de não culpabilidade que será vista à frente tem por escopo resguardar um direito individual de todo o cidadão. Já a moralidade administrativa tem como finalidade precípua resguardar um interesse público, pertencente à toda a coletividade que espera uma atuação coerente por parte do Estado frente às suas necessidades básicas.

2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE

Inspirada na razão Iluminista e intitulada como garantia fundamental ao indivíduo, a presunção de inocência encontrou respaldo nos ideais da Revolução Francesa¹⁶,

¹⁶ CIPRIANO, Bruno Rafael. *Considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do habeas corpus 84.078*. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13841&revista_caderno=22>. Acesso em: 06 mar. 2014.

contudo, foi somente a partir *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789 é que tal princípio restou consignado em seu 9º assim disposto: “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada a indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei.”¹⁷

Já em 10 de dezembro de 1948, sob a perspectiva do fim da Segunda Guerra Mundial, foi aprovada a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* da Organização das Nações Unidas (ONU) em Paris na qual foram reconhecidos direitos fundamentais do homem dispostos em trinta artigos. A Declaração de 1948, com vistas ainda aos ideais da Revolução Francesa, retratou a manifestação histórica formada e, em âmbito universal, procedeu ao reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade (ou solidariedade) entre os homens. Houve, por conseguinte, a proclamação dos chamados direitos individuais como a igualdade, à vida, à liberdade, à nacionalidade e, inclusive, o reconhecimento a garantia da presunção de inocência que pressupunha a inocência do indivíduo acusado até seu julgamento final. A garantia da presunção de inocência estava expressa no artigo XI Declaração supracitada, em que se lê:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”¹⁸

Ademais, consagraram-se de igual modo alguns direitos sociais como o direito à segurança social, à liberdade sindical, ao trabalho e outros.¹⁹

A partir dessas disposições em documentos tão importantes universalmente, o ideal contido no princípio da presunção de inocência foi se espalhando pelas Constituições modernas como as do Canadá, Espanha, Itália, Japão e Portugal.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual se encontra

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal Brasileiro*, São Paulo, 2011. p.321.

¹⁸ BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 18 mar.2014.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 163-165.

disposto, *verbis*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”.²⁰

A partir daí, esse expressivo regramento e *favor libertatis*²¹ foi determinante para resguardar o réu de qualquer medida coercitiva. Assim, sem a necessária certeza acerca do cometimento de um delito não seria possível atribuir-lhe a prática sem a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O Estado Democrático de Direito pressupõe um Estado que preze pela dignidade da pessoa humana e que tenha como fim principal a superação das desigualdades sociais e a adoção de um regime pautado na justiça social. Esse modelo de Estado subordina-se à obediência da Constituição e é a partir dela que surge a regulamentação das relações dos particulares com o Estado ou de particulares com eles mesmos.

A Constituição sendo a responsável pela regulação das relações estatais e individuais, geralmente contém um rol de direitos e garantias fundamentais visando resguardar os direitos de cada sujeito. Na Constituição Brasileira de 1988 não é diferente. Tendo o Brasil adotado o critério de Estado Democrático de Direito, há inserido em sua Constituição, no Título II, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que se encontram subdivididos em cinco capítulos.

A presunção de inocência ou de não culpabilidade em nosso ordenamento jurídico pode assumir o caráter tanto de princípio como de garantia constitucional. Levando-se em consideração a acepção da presunção de inocência ou não culpabilidade como um princípio, o constitucionalista Paulo Bonavides assevera que:

“Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos – os princípios -, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo posituação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com essa relevância adicional, os princípios se convertem em *norma normarum*, ou seja, a norma das normas.”²²

²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago 2014.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 74.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 289-290.

Os princípios constitucionais são valores eleitos pelo constituinte de forma a obter os alicerces e os parâmetros normativos das instituições, permitindo-se assim que o sistema normativo dote de unidade de modo que suas normas possam ser interpretadas e integradas forma coerente quando forem aplicadas.²³ A presunção de inocência ou não culpabilidade, sob esse aspecto, visa tutelar, acima de tudo, a liberdade do cidadão. Nesse sentido, todas as demais normas do ordenamento jurídico devem a estrita observância a esse regramento.

Sendo garantia, a presunção de não culpabilidade se mostra como sendo um direito fundamental do cidadão, porém constitucionalmente garantido. Na visão de Canotilho, os direitos fundamentais são aqueles jurídico-institucionalmente limitados no espaço e no tempo e vigentes em uma ordem jurídica concreta enquanto que as clássicas garantias são também direitos, contudo, se referem a instrumentos da proteção destes.²⁴

Nesse diapasão, “as garantias traduzem-se, quer no direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade”.²⁵ Logo, a finalidade essencial das garantias constitucionais é a de vedar ações do poder público que atentem contra os direitos fundamentais.²⁶

O princípio da presunção de inocência é também denominado de princípio da não culpabilidade. Mirabete prefere esta segunda denominação, traçada nos seguintes moldes:

“[...] a nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.”²⁷

Nesse sentido, o acusado gozaria do chamado estado de inocência, ou seja, ele é inocente durante todo desenvolvimento do processo até que, porventura, seu estado se modifique por sentença final condenatória transitada em julgado que o declare culpado.²⁸

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed, Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed, Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23.

Mirabete, a respeito da nomenclatura “presunção de inocência”, ainda ensina que:

“[...] se o princípio trata de uma presunção absoluta (*juris et jure*) a sentença irreversível não a pode eliminar ; se trata de uma presunção relativa (*juris tantum*), seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal antes da própria decisão condenatória.”²⁹

Atualmente, a denominação “presunção de inocência” não é a mais apropriada segundo a doutrina e a jurisprudência. Cita-se o trecho do voto do Excelentíssimo Ministro Carlos Ayres Brito, à época relator do HC 101.909/MG, que imprime importantes considerações:

“[...] Como já afirmei em outras oportunidades, penso que esse dispositivo constitucional trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido nesse direito material à presunção de não-culpabilidade. Não foi por acaso que a Constituição preferiu a locução presunção de não-culpabilidade ao fraseado presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim prosaicamente: “o homem é inocente até prova em contrário”. A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Para que ele deixe de ser inocente é necessário que a prova contra sua não-culpabilidade seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado. Tudo isso conjugadamente, para vitalizar o encarecido direito à presunção de não culpabilidade. Portanto, esse direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência [...]”³⁰

Por conseguinte, para se determinar conteúdo do princípio da presunção de não culpabilidade, importante salientar o que seja o instituto da culpabilidade. Nos dizeres de Fernando Capez, culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal.³¹

Costuma-se dizer que a culpabilidade representa o juízo de censura e reprovação diante de alguém que praticou um fato típico e ilícito. Sob esse aspecto, a culpabilidade pode

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES.PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. HC 101.909 MG. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Davi Gonçalves de Freitas. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 28 de fevereiro de 2012.Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em: 21 mar 2014.

³¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 276.

ser considerada um pressuposto para a aplicação da pena, pois representa um juízo de valor sobre o crime. O Estado, por advento do seu poder de punir, utiliza-se de um mecanismo de censura diante do fato praticado pelo agente verificando o desvalor da conduta do autor. Como exemplo, ao se aplicar a pena, o juiz analisa a reprovação com base gravidade da ação, na sua maior ou menor lesividade social, nos meios empregados, no modo de execução, nas conseqüências oriundas do crime, dentre outros aspectos.³²

Diante disso, Ferrajoli assevera que o princípio da presunção de não culpabilidade decorre do princípio da jurisdicionalidade, pois:

“Se a jurisdição é a atividade necessária para a obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado e nem submetido a uma pena.”³³

Pacelli aborda que o princípio em tela:

“ [...] impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas com relação ao acusado: uma de *tratamento* segundo a qual o réu, em nenhum momento do *inter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativos à existência do fato e sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.”³⁴

Assim, extraem-se três principais características relativas ao aludido princípio. A primeira seria que a presunção de inocência ou de não culpabilidade seria um princípio basilar de todo o processo penal liberal contemporâneo que estabelece uma garantia ao acusado contra à atuação punitiva estatal, a segunda seria relacionada ao tratamento que deve ser oferecido ao acusado durante todo o processo penal, considerando-o inocente durante toda a persecução penal até a prolação de sentença condenatória e a terceira característica seria a de que tal princípio estaria ligado diretamente ao âmbito probatório do processo penal, exigindo-se a prova completa da culpabilidade do fato imputado ao agente, absolvendo-se o acusado se a culpabilidade não se restar plenamente demonstrada.³⁵

Há de se considerar que uma condenação, ao ser imputada a um agente, deve ser oriunda de todo um procedimento pautado no devido processo legal, que, aliás, é assegurado

³² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 276.

³³ FERRAJOLI apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 217.

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 219.

no art. 5º, LV da Constituição Federal.³⁶ Desse modo, é de observância obrigatória em todas as esferas de Poder o contraditório e a ampla defesa mais precisamente no processo penal, desde o início ao fim da persecução penal.

A presunção de inocência afeta diretamente a carga da prova, pois:

“[...] todo o ônus da prova relativa à existência do fato à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas a demonstração de eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.”³⁷

Desse modo, o réu, diante de sua presunção de não culpabilidade não possui nenhuma incumbência no que tange à produção de prova sobre o que lhe fora imputado. O ônus probatório é inteiramente da acusação e é dever do acusador ou do ofendido desconstituir o aspecto de não culpabilidade do réu. A carga da prova mostra-se totalmente depositada nas mãos do acusador, até porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória.³⁸

O artigo 156, primeira parte, do Código Penal aduz que “*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*”.³⁹ Incumbe ao órgão acusador ou ao ofendido, por conseguinte, o ônus total de provar a existência da infração penal posto que eles detêm a prerrogativa acerca das peças iniciais que imputam ao acusado a autoria de um delito.

Para Illuminati, não haveria por que se falar em carga da prova, mas sim em regra de julgamento visto que o processo penal define uma situação jurídica na qual o problema da carga probatória seria uma regra direcionada ao juiz e que o proibiria de condenar alguém caso sua culpabilidade não tenha sido previamente provada.⁴⁰

Juntamente com a presunção de não-culpabilidade, princípio do *in dubio pro reo*, afirma a regra de que a carga probatória compete ao acusador. Deve haver provas robustas acerca da culpabilidade do réu que sustentem uma condenação, provas estas que se referem à

³⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Art. 5º: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 .maio. 2014.

³⁷ RANGEL, Paulo apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 27.

³⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 562-563.

³⁹ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 ago.2013.

⁴⁰ ILLUMINATI apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 563.

autoria ou à materialidade do delito porque, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado.⁴¹

Conforme todo o conjunto probatório colacionado aos autos, o juiz, diante do seu livre convencimento, realiza uma operação mental e, ao concluir pela culpa, condena o acusado.⁴² Se condenado, será aplicada a pena individualizada ao agente em atenção ao princípio da individualização da pena consubstanciado no art. 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988, dispondo que "a lei regulará a individualização da pena [...]".⁴³

A respeito da aplicação da pena, o juiz deve observância, além de outros aspectos, aos mandamentos dos artigos 59 e 68 do Código Penal:

“Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”⁴⁴

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]”.⁴⁵

Dessa forma, superada a fase referente à reprovação/censura do crime cometido pelo agente (culpabilidade em sentido amplo) prossegue-se à aferição grau de culpabilidade da conduta do agente, ou seja, será verificada a intensidade da resposta penal consubstanciada na própria aplicação da pena. Ao final do procedimento, é proferida a sentença condenatória em desfavor do acusado e, inexistindo a possibilidade de se interpor qualquer espécie de recurso, esta transita em julgado.

Por fim, exara-se o seguinte entendimento:

“Dentro do processo a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão, efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando de medidas cautelares e, principalmente não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador [...]. Na dimensão externa

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

⁴² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06.maio. 2014.

⁴⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20 ago.2013.

⁴⁵ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20 ago.2013.

ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).”⁴⁶

Diante de todo o exposto e da inteligência da própria regra constitucional elencada no art. 5º, LVII da Constituição Federal, a única possibilidade capaz de prejudicar o aspecto da não-culpabilidade, ou seja, de que ninguém será considerado culpado/ reprovado pelo crime, está alicerçada exclusivamente na existência da sentença condenatória transitada em julgado obtida diante das provas trazidas aos autos capazes de confirmar a culpa do acusado. Este, por sua vez, deixa de gozar do estado de inocência e passa a ser culpado definitivamente.

2.1.1 Os concursos públicos e a presunção de inocência ou de não culpabilidade

Em atenção ao caso dos autos do Recurso Extraordinário 560.900, há de se considerar que o candidato Robério Agostinho da Silva, ao realizar o Curso de Formação de Cabos Combatentes da Polícia Militar do Distrito Federal e Territórios, fora impedido de participar do certame devido à restrição contida no edital visando impedir a participação de candidatos que estivessem respondendo a processos criminais, isto é, não poderia o candidato estar denunciado por crime de natureza dolosa.

A partir disso, verificar-se-á se a restrição imposta pelo edital do concurso público do qual participou o Recorrido viola ou não o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade já explicitado. Para isso, imperioso se faz observar no que competem os concursos públicos de uma maneira geral e de que maneira estão regulamentados. Tendo-se isso em vista, proceder-se-á à verificação específica dos critérios estabelecidos pelo edital do certame no qual participou o candidato narrado no RE 560.900, sobretudo àqueles ligados ao ramo penal visto que estes podem vir a interferir no aspecto da presunção de não culpabilidade de que dota todo cidadão.

Nesse diapasão, o artigo 37, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, salvo algumas exceções constitucionais.⁴⁷

⁴⁶ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 562.

⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago 2014.

Para investidura em cargo ou emprego público, deve ser observado o que preleciona o artigo 37, inciso II da Carta Magna Brasileira, a saber:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração [...].”⁴⁸

Diante disso, os concursos públicos constituem, pois a ferramenta de que dispõe a Administração Pública para o preenchimento de determinados cargos ou empregos públicos. A investidura em carreira pública somente ocorre mediante prévia aprovação em concurso público, sendo este, obrigatório. Nesse sentido, Helly Lopes Meirelles aborda o seguinte:

“A obrigatoriedade de concurso público, ressalvados os cargos em comissão e empregos com essa natureza, refere-se à investidura em cargo ou emprego público, isto é, ao ingresso em cargo ou emprego público isolado ou emprego inicial da carreira na Administração Direta e Indireta.”⁴⁹

Já Carvalho Filho salienta que o concurso público traduz:

“[...] um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Baseia-se o concurso público em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participem de um certame, procurando alçar-se à classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.”⁵⁰

Assim sendo, os concursos públicos são regidos por editais os quais contém alguns requisitos para que os cidadãos possam se investir na carreira pública. Diógenes Gasparini menciona que a lei responsável pela instituição desses requisitos é a da entidade política titular do cargo, emprego ou função pública que se deseja preencher, dada a

⁴⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago 2014.

⁴⁹ MEIRELLES, Helly Lopes, et al. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 461

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 8a ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2001. p. 473

autonomia que lhes assegura nessa matéria.⁵¹ Ao estabelecer que o ingresso no serviço público ocorra mediante preenchimento de requisitos estabelecidos em lei, as Administrações ficam autorizadas a prescrever exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional que entenderem convenientes como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público.⁵²

Contudo, se a lei específica for de caráter local, esta não está autorizada a estabelecer condições que não estejam dispostas em leis nacionais, ou seja, há limitações quanto aos requisitos a serem exigidos. Do mesmo modo, tanto leis locais quanto nacionais devem respeito às garantias constitucionais estabelecidas no art. 5º da Constituição Federal.

A esse respeito, merece ainda destaque o princípio da isonomia tendo em vista que os requisitos a serem estabelecidos no instrumento regulador do concurso devem ser aqueles estritamente necessários e razoáveis ao cabal desempenho da função pública.⁵³

A Administração Pública, ao impor algumas exigências para a assunção de cargo ou emprego público busca a realização dos ditames da moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público inerentes ao serviço público.

Costuma-se dizer que o edital é a lei interna do certame e obriga tanto os candidatos quanto a Administração Pública.⁵⁴ O edital de um concurso público deve ser a ferramenta capaz de estabelecer as bases para ingresso no serviço público. Apesar de não haver uma regulamentação específica quanto ao procedimento dos concursos públicos, há de serem observadas as Constituições, Federal e Estadual, as leis estatutárias ou específicas.

Nesse sentido, o edital de um concurso público se constitui como uma espécie de ato administrativo a ser realizado por bancas ou comissões examinadoras que desempenham o papel principal de estabelecimento das bases do concurso e os critérios de julgamento⁵⁵. Ana Maria Barata, em seu artigo *Questões relevantes sobre concurso público* complementa:

⁵¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 231.

⁵² MEIRELLES, Helly Lopes, et al. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 460.

⁵³ MEIRELLES, Helly Lopes, et al. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 460.

⁵⁴ MEIRELLES, Helly Lopes, et al. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 461

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. CONCURSO PÚBLICO - PARÂMETROS - EDITAL. O edital de concurso, desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material,

“Isso não significa dizer que a administração pode inserir ilegalidades ou abusos nas exigências editalícias. Como o edital é o condutor interno e externo do concurso, deve ser elaborado de modo claro e objetivo, delimitando todos os aspectos relevantes do certame, para evitar alterações que possam traduzir insegurança e prejuízos.”⁵⁶

Quando, por ventura, um edital estiver eivado de irregularidades, pode a Administração Pública exercer seu poder de autocontrole de modo a adequá-lo bem como poderá ser impugnado por qualquer interessado, caso observe que ele contenha cláusulas discriminatórias, desproporcionais ou fora do limite do razoável. Cumpre ressaltar, contudo, que as impugnações devem ser realizadas antes da deflagração do concurso para que haja eficácia da medida.⁵⁷

A partir do atendimento dos requisitos, a Administração, por intermédio dos concursos públicos, busca a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade.⁵⁸

2.1.1.1 Avaliação de vida pregressa e investigação social como requisito para ingresso em cargo público

Alguns editais de concursos prevêm, além das etapas e procedimentos de provas escritas, orais e de títulos, que os candidatos sejam submetidos à fase denominada sindicância de vida pregressa e investigação social. É uma investigação que engloba vários setores da vida dos inscritos em concursos públicos: social, funcional, civil e criminal.

É nessa etapa que Comissões responsáveis avaliarão informações atinentes à vida criminal antecedente do candidato bem como sua conduta profissional e moral, lançando mão de critérios subjetivos na aferição desses requisitos de conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável⁵⁹. Tal procedimento constitui-se como um dos critérios que o examinador se

obriga candidatos e Administração Pública. *RE 480.129*. Primeira Turma. Agravante: Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Agravado: Roberto Vicente Janczura. Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO. Brasília, 30 de junho de 2009. DJe: 23-210-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1935420>>. Acesso em: 14 ago 2014.

⁵⁶ BARATA, Ana Maria. *Questões relevantes sobre concurso público*. Disponível em: <<http://www.mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/040610091213.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

⁵⁷ BARATA, Ana Maria. *Questões relevantes sobre concurso público*. Disponível em: <<http://www.mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/040610091213.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014

⁵⁸ JÚNIOR, José Cretella apud GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 231.

⁵⁹ NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; NOGUEIRA, Luís Eduardo Pôrto. *A investigação social para a aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível em concurso público*. “[...] a

utilizará para saber se o candidato é merecedor do cargo público visando, em última análise, garantir a mais perfeita lisura no desempenho das funções públicas a serem por ele exercidas, preservando-se o requisito da idoneidade moral proveniente do princípio da moralidade administrativa.

A sindicância de vida pregressa e investigação social (ou procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável) revelam-se um procedimento unilateral e inquisitorial, sem qualquer participação do candidato.

Tecidas essas breves considerações, cumpre registrar o previsto pelo edital do concurso público o qual participou o candidato Robério Agostinho da Silva no Recurso Extraordinário em análise, a saber:

“POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL
QUARTEL DO COMANDO-GERAL
DIRETORIA DE ENSINO
SELEÇÃO INTERNA PARA ADMISSÃO AO CURSO DE FORMAÇÃO DE
CABOS POLICIAIS MILITARES COMBATENTES/2005 EDITAL N.º 16/2005 –
PMDF/CFC, DE 17 DE MARÇO DE 2005

O Comandante-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal, no uso de suas atribuições, considerando convênio celebrado com a Fundação Universidade de Brasília (FUB), por meio do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE), e tendo em vista o disposto na legislação vigente e a aplicável à espécie, torna pública a realização da seleção interna para admissão ao Curso de Formação de Cabos Policiais Militares Combatentes – CFC/2005, de acordo com as normas estabelecidas neste edital.

3 DOS REQUISITOS

[...]

3.1.5 Não estar denunciado por crime de natureza dolosa (apresentar certidão negativa emitida pelo Cartório de Distribuição do Distrito Federal);

3.1.6 Não estar respondendo ao Conselho de Disciplina ou a processo administrativo de licenciamento (apresentar certidão negativa emitida pela Corregedoria da PMDF);

[...]

3.1.10 Não estar condenado à pena privativa de liberdade por sentença transitada em julgado (apresentar certidão negativa Civil e Criminal emitida pelo Cartório de Distribuição do Distrito Federal);

3.1.11 Não estar condenado à pena de suspensão do exercício da graduação, do cargo e/ou da função (apresentar certidão negativa Civil e Criminal emitida pelo Cartório de Distribuição do Distrito Federal) [...].”⁶⁰

investigação social ou de vida pregressa, tem várias nomenclaturas, a depender do edital do concurso, e muitas vezes lança mão de critérios subjetivos na aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, previstos em lei como condições para ingresso em certas carreiras públicas”. Disponível em: <<http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/50620/a-investigacao-social.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

⁶⁰ BRASIL. Polícia Militar do Distrito Federal. Seleção interna para admissão ao curso de formação de cabos policiais militares combatentes. 2005, grifo nosso. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/_antigos/2005/PMDFCFC/arquivos/ED_2005__PMDF_CFC_ABT.PDF>. Acesso em: 15 ago. 2014.

Conforme o apresentado, o edital previa restrições contra aqueles candidatos que estivessem denunciados por crimes de natureza dolosa ou respondendo a processos administrativos. A exigência contida no edital se referia à vida pregressa do candidato, ou seja, se em seu desfavor constavam processos criminais ou administrativos. Observa-se que, no caso, não havia qualquer limitação quanto à existência ou não de trânsito em julgado de sentença condenatória.

De igual modo, o Decreto Distrital nº 7.456 de 1983⁶¹, citado no edital do curso de formação que o candidato Robério visava participar, previa que a simples existência de processos ou procedimentos em curso em desfavor dos candidatos culminaria na preterição do mesmo quanto à promoção de Praças da Polícia Militar do Distrito Federal. Assim, conforme tal instrumento, se o candidato que se encontrasse na etapa do Curso de Formação fosse “impronunciado ou absolvido em processo que estiver respondendo, com sentença transitada em julgado”, teria direito a ressarcimento da preterição e à promoção tão logo cessassem esses impedimentos, ou seja, tal situação já era previsível.

Insta consignar que essa modalidade de concurso (curso de formação) da Polícia Militar do Distrito Federal não se encontrava regulada por instrumentos específicos no que diz respeito ao procedimento irrepreensível e de idoneidade moral inatacável.

No âmbito da Polícia Federal, no entanto, já era prevista regulamentação das normas de avaliação do procedimento irrepreensível e da idoneidade moral inatacável dos candidatos de concursos públicos que disputam a cargos policiais como se vê abaixo:

“O DIRETOR DE GESTÃO DE PESSOAL DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos II e XII, do art. 35, da Portaria Ministerial nº 1.825/MJ, de 13.10.2006, publicada na Seção I do D.O.U. nº 198, de 16.10.2006, e considerando o disposto no inciso I, do artigo 8o, do Decreto-Lei nº 2.320, de 26.01.1987, e no Decreto nº 1.171, de 22.06.1994, publicado na Seção I do D.O.U. nº 118 de 23.06.1994, e diante da necessidade de definir normas disciplinares de avaliação do procedimento irrepreensível e da idoneidade moral inatacável, exigidos dos candidatos nos concursos públicos para provimento de cargos policiais, resolve:

Art. 1º Estabelecer os critérios da avaliação do procedimento irrepreensível e da idoneidade moral inatacável dos candidatos inscritos nos concursos públicos para provimento de cargos policiais no Departamento de Polícia Federal.

Art. 2º O procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável serão apurados por meio de **investigação no âmbito social, funcional, civil e criminal**

⁶¹ DISTRITO FEDERAL. *Decreto Distrital nº 7.456, de 29 de março de 1983*. Aprova o Regulamento de Promoções de Praças da Polícia Militar do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:distrital:decreto:1983-03-29;7456>>. Acesso em: 02 set. 2014.

dos candidatos inscritos nos concursos públicos para provimento de cargos policiais no Departamento de Polícia Federal.[...].”⁶²

A investigação do candidato encontra respaldo, principalmente, nos editais de concursos públicos para cargos cujas funções sejam tipicamente as de policiamento, fiscalização e outras. Daí se depreende a importância da exigência da idoneidade moral inatacável e a conduta irrepreensível de um agente público, pois tais cargos relacionam-se ao resguardo da sociedade como um todo. A depender da investigação efetuada, esta pode influenciar no desempenho da função policial, por exemplo, nessa etapa analisa-se a honra, respeitabilidade, seriedade, bons costumes e dignidade do candidato, antevendo-se se sujeito possui uma boa reputação.

Vê-se assim que a etapa de investigação social a ser realizada pelas bancas e comissões de concursos públicos não se limita apenas a verificar se o candidato cometeu infrações penais, mas também engloba a avaliação de sua conduta moral e social. Assim já decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso de candidato que pretendia garantir sua participação no curso de formação da Polícia Militar de Rondônia. Assim:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE.

1. Entende a jurisprudência desta Corte que **a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado. Deve ser analisada a conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir o padrão de comportamento diante das normas exigidas ao candidato da carreira policial, em razão das peculiaridades do cargo que exigem a retidão, lisura e probidade do agente público.**

2. Não há qualquer resquício de discricionariedade administrativa na motivação do desligamento do candidato que não ostenta conduta moral e social compatível com o decoro exigido para cargo de policial.

Trata-se de ato vinculado, como consequência da aplicação da lei, do respeito à ordem jurídica e do interesse público. Ausente, portanto, a comprovação de desvio de finalidade em eventual perseguição política por parte do Governador do Estado.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.”⁶³

⁶² BRASIL. *Instrução normativa nº 03/2009 – DGP/DPF, de 23 de julho de 2009*. Regulamenta normas de avaliação do procedimento irrepreensível e da idoneidade moral inatacável dos candidatos nos concursos públicos para provimento de cargos policiais do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências. 2009, grifo nosso. Disponível em:

<http://www.cespe.unb.br/concursos/DPFESCRIVAO2009/arquivos/IN_001_AVALIAO_PSICOLGICA.PDF>. Acesso em: 19 ago 2014.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. *RMS 24287/RO*. Sexta Turma. Recorrente: João Almeida de Barros Lima Neto. Recorrido: Estado de Rondônia. Relator (a): Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE). Brasília, 04 de dezembro de

O candidato aprovado nas etapas iniciais de um concurso deve em um momento específico atestar sua idoneidade, formalizando em cartório uma declaração que contém um histórico idôneo de vida a ser utilizado nessas etapas de concursos públicos.

Tendo em vista as várias modalidades de investigação no âmbito dos concursos públicos, destaca-se o seguinte:

“[...] não se espera que servidor responsável pelo combate ao crime, inclusive o tráfico ilícito de entorpecentes, tenha praticado delitos, ou seja, ser dependente químico. Ademais, a falta disciplinar diz respeito diretamente ao desempenho profissional do candidato. Por outro lado, o ato que tenha repercussão social de caráter negativo, por si só, não é suficiente para justificar a eliminação do candidato, a não ser que efetivamente comprometa a credibilidade da instituição perante a sociedade.”⁶⁴

Sob tal enfoque, observa-se que o curso de formação do qual o candidato Robério Agostinho participou previa a investigação quanto à prática de infrações penais, sem, no entanto, dispor sobre critérios específicos acerca de investigação moral e/ou social.

2.1.1.1.1 Investigação no âmbito penal

O edital do Curso de Formação o qual participou o candidato Robério Agostinho apontava como requisito para promoção a situação de não estar o candidato denunciado por crime de natureza dolosa. Tal exigência revela-se como uma restrição posta àqueles candidatos que estejam respondendo a processos criminais. Como se viu, o candidato encontrava-se denunciado pelo crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal Brasileiro), o que lhe impediu de participar do certame em um primeiro momento.

O edital apontou ainda para a exigência de apresentação pelo candidato de certidão negativa emitida pelo Cartório de Distribuição do Distrito Federal a fim de se atestar a existência de processos criminais. Tal mecanismo se revela como uma etapa de investigação com relação de sua vida criminal. Nesse sentido, necessário se faz a verificação do que se configuram os antecedentes criminais e a diferença desse instituto com o da reincidência a fim de se esclarecer se o Recorrido era mesmo portador de maus antecedentes mesmo não

2012, grifo nosso. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=rms+24287#>. Acesso em: 15 ago 2014.

⁶⁴ NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; NOGUEIRA, Luís Eduardo Pôrto. *A investigação social para a aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível em concurso público*. Disponível em: <<http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/50620/a-investigacao-social.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

havendo trânsito em julgado de sentença condenatória, sobretudo, devido à informação trazida aos autos de que havia ocorrido a suspensão condicional do processo ao qual respondia o candidato.

2.1.1.1.1.1 Antecedentes criminais

Em atenção às exigências previstas em editais dirigidas aos candidatos que disputam a cargos públicos, a investigação ocorrida no âmbito penal se revela, por vezes, desprestigiadora do princípio da presunção de não culpabilidade.

Primeiramente, cumpre destacar que os antecedentes criminais servem especialmente “para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do sujeito ou se ele, com frequência ou mesmo habitualmente, infringe a lei.”⁶⁵

Carvalho Neto define os antecedentes como “tudo o que se refere à vida anteaecta do réu”.⁶⁶ Para Capez os antecedentes são “todos os fatos da vida pregressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo que ele fez antes da prática de um crime.”⁶⁷ Já Capez salienta que os antecedentes criminais seriam tão somente o “anterior envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais [...], os delitos que o condenado praticou antes do que gerou sua condenação.”⁶⁸

As ideias supracitadas abordam uma visão ultrapassada a respeito dos antecedentes criminais, englobando-se fatos anteriores, registros policiais, judiciais, ações em curso ou quaisquer outros acontecimentos ocorrido na vida do indivíduo até a prática de um crime.

A visão mais atual considera que os antecedentes criminais de um sujeito podem ser verificados unicamente diante de processos criminais, contudo, revelam-se duas correntes acerca dos antecedentes: uma considera maus antecedentes o simples envolvimento do indivíduo em processos criminais (a simples existência de processos em andamento configuram maus antecedentes) caracterizando-se a visão do Direito Penal do autor. A outra

⁶⁵ DELMANTO, Celso apud PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. *Considerações acerca dos maus antecedentes criminais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14920>>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁶⁶ CARVALHO NETO, Inaciode. *Aplicação da pena*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013. p. 53.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1. p. 486.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1. p. 487.

defende que só se enquadrariam como maus antecedentes as condenações passadas e transitadas em julgado relativas à vida do indivíduo e que não são capazes de gerar reincidência.⁶⁹

Observa-se que a exigência do edital previsto no RE 560.900, quando suscitou que não poderia o candidato “estar denunciado por crime de natureza dolosa” revelou-se o critério abrangente acerca dos antecedentes, pois no caso a mera consideração de processos criminais pendentes de julgamento já se configuraria situação apta a não se permitir a ou participação do candidato curso de formação, não sendo necessário o trânsito em julgado de condenações passadas como aponta a segunda corrente.

Ademais, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não se filiou a esse entendimento que vai de encontro ao princípio da presunção de não culpabilidade, ao contrário, afirmou que a situação de existência de processos criminais pendentes de julgamento, por si só, já é apta a se constituir fato desabonador de uma conduta que se espera idônea perante a Administração Pública.

A questão dos maus antecedentes na jurisprudência não é pacífica, pois as decisões em torno dessa matéria encontram-se oscilantes: algumas prezam pela consideração de inquéritos e ações em curso como configuradoras de maus antecedentes enquanto outras primam pela presunção de não culpabilidade invocando-se a necessidade de haver trânsito em julgado de sentença condenatória.

O Informativo 585 do Supremo Tribunal Federal, de maio de 2010, coaduna-se com o posicionamento da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no julgamento da Apelação interposta pelo Recorrido em primeira instância e que ensejou o RE 560.900, a saber:

“Maus Antecedentes: Inquéritos Policiais e Ações Penais em Curso. Processos penais em curso, ou inquéritos policiais em andamento ou, até mesmo, condenações criminais ainda sujeitas a recurso não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como elementos evidenciadores de maus antecedentes do réu. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu habeas corpus para reconhecer, em favor do paciente, o direito de ter

⁶⁹ PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. *Considerações acerca dos maus antecedentes criminais*. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14920>>. Acesso em: 10 set 2014.

reduzida, em 8 meses, a sua pena privativa de liberdade, cuja pena-base fora exasperada ante a existência de inquéritos e processos em andamento. Realçou-se recente edição, pelo STJ, de súmula no mesmo sentido (Súmula 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”⁷⁰

Nesse diapasão, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, com o escopo de nortear os julgamentos que envolvam a questão dos antecedentes, criou a Súmula 444, dispondo que:

“Vedação - Utilização de Inquéritos Policiais e Ações Penais em Curso para Agravar a Pena-Base. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”⁷¹

É nesse sentido, que Bitencourt comenta:

“[...] sob o império de uma nova ordem constitucional, e “constitucionalizando o Direito Penal”, somente podem ser valorados como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal não podem ser valorados como maus antecedentes.”⁷²

Nota-se que a orientação atual é, portanto, a de que os maus antecedentes se configuram tão somente como episódios processuais dotados de trânsito em julgado.

Vale lembrar que a aferição dos antecedentes é feita pelo juiz quando da fixação de pena a alguém que tenha cometido um crime e tal ocorrência será transmudada ao âmbito administrativo, quando, por exemplo, se observa a exigência do edital de se apresentar a certidão de “nada consta criminal” pelo candidato, buscando-se aferir se ele é ou não portador de maus antecedentes.

Cumpra salientar, primeiramente, que em toda declaração sentencial de procedência de denúncia ou queixa, há necessariamente uma declaração afirmativa de culpabilidade,⁷³ que se apresenta como um juízo de reprovação e censura pelo crime cometido. Nos termos do artigo 59 do Código Penal, a culpabilidade deverá ser graduada para projetar o *quantum* de pena correspondente ao juízo de censura e reprovação. Nesse sentido, a

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 585, de 03 a 07 de maio de 2010*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo585.htm#Maus Antecedentes: Inquéritos Policiais e Ações Penais em Curso](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo585.htm#Maus%20Antecedentes:Inqu%C3%A9ritos%20Policiais%20e%20A%C7%A7%C3%B5es%20Penais%20em%20Curso)> Acesso em: 19 ago 2014

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 444, de 28 de abril de 2010*. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0444.htm> Acesso em: 19 ago 2014.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, v.1. p.773

⁷³ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 190.

partir do modelo trifásico adotado pelo Código Penal Brasileiro, o art. 59 desse diploma fixa as diretrizes para a na qual haverá a consideração pelo juiz, dos mais antecedentes do acusado.⁷⁴

A aferição dos antecedentes possui íntima ligação com a culpabilidade em sentido amplo visto que servirá para a graduação da reprovação do crime e, conseqüente, fixação da pena. Após analisar a culpabilidade (do fato), os antecedentes serão considerados na avaliação das circunstâncias judiciais pelo juiz, diante da primeira fase de aplicação da pena, hipótese em que se determinará a pena-base para o crime. No entanto, como já visto, a legislação brasileira não fornece nenhum critério orientador para a consideração dos antecedentes conferindo ao magistrado um elevado poder discricionário capaz de culminar em decisões que ferem os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Portanto, em uma primeira análise, por não haver trânsito em julgado de sentença condenatória capaz de aferir-se a culpabilidade do agente com relação a um crime, o candidato não ser considerado portador de maus antecedentes, pois a visão mais atual a respeito da configuração dos antecedentes aponta para a necessidade de haver trânsito em julgado de pronunciamentos criminais coadunando-se com o que aduz o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade.

2.1.1.1.1.2 Antecedentes x Reincidência

A sentença condenatória produz efeitos principais e secundários. Os primeiros referem-se à imposição de pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos, medida de segurança ou multa). Já os secundários podem ser de natureza penal ou extrapenal na medida em que repercutem na esfera penal tão somente, ou em outra esfera que não a criminal. A reincidência revela-se um efeito secundário de natureza penal gerado por sentença condenatória e pode vir a prejudicar a situação criminal do réu.⁷⁵

Como se viu, a corrente mais difundida a respeito dos antecedentes criminais considera-os provenientes de condenações anteriores do sujeito e dotadas de trânsito em julgado. Já os bons antecedentes de um indivíduo são obtidos através da certidão de “nada

⁷⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁷⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. Salvador: Jus Podvm. 2013.

consta criminal”, ou seja, possui caráter eminentemente residual porque apenas se não houver registros de maus antecedentes, aí se configuram os bons antecedentes.

Noutro giro, o instituto da reincidência encontra seu conceito esboçado no art. 63 do Diploma Penal. Assim:

“Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”⁷⁶

A reincidência é circunstância agravante genérica e revela uma particular culpabilidade do agente aumentando-se a reprovação que a ordem jurídica faz pesar sobre ele, em razão de seu crime⁷⁷. Considerada, pois na segunda fase de aplicação da pena, a reincidência está prevista no art. 61, I do Código Penal.

“São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
I - a reincidência [...]”⁷⁸

Caracteriza-se por uma situação ocorrida quando um acusado pratica um novo crime após o trânsito em julgado de crime anterior. É a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado⁷⁹. Assim sendo, será reincidente todo aquele que for condenado definitivamente por crime no país ou no estrangeiro e vier a cometer novo crime.

Isto posto, quanto aos efeitos da reincidência, o art. 64, inciso I do Código Penal aduz que passado um lapso superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, não se considera a condenação anterior⁸⁰. Apesar de tal efeito da reincidência, a jurisprudência dominante vem adotando o entendimento de que a condenação anterior deverá, no entanto, ser considerada pelo juiz quando da valoração dos antecedentes⁸¹. Exara-se um exemplo a esse respeito:

⁷⁶ BRASIL. *Decreto- lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 19 ago 2014.

⁷⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 246.

⁷⁸ BRASIL. *Decreto- lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 19 ago 2014.

⁷⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1. p. 509.

⁸⁰ BRASIL. *Decreto- lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 19 ago 2014.

⁸¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 190.

“[...] A existência de condenações penais anteriores irrecorríveis - mesmo relevando-se inaplicável a circunstancia agravante da reincidência, ante o que dispõe o art. 64, I, do Código Penal - não inibe o Poder Judiciário de considerá-las, no processo de dosimetria penal, como elementos caracterizadores de maus antecedentes judiciário-sociais do acusado[...].”⁸²

No mesmo sentido, o Informativo nº 493 coaduna esse posicionamento, já antigo na jurisprudência:

“DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. CRIME CULPOSO.

Não há flagrante ilegalidade se o juízo sentenciante considera, na fixação da pena, condenações pretéritas, ainda que tenha transcorrido lapso temporal superior a cinco anos entre o efetivo cumprimento das penas e a infração posterior; pois, embora não sejam aptas a gerar a reincidência, nos termos do art. 64, I, do CP, são passíveis de serem consideradas como maus antecedentes no sopesamento negativo das circunstâncias judiciais.”⁸³

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SIMULTÂNEA IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E DE ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PRESCRIÇÃO TEMPORAL DE REINCIDÊNCIA - IRRELEVÂNCIA QUANTO À CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES JUDICIÁRIO-SOCIAIS - PROVA PERICIAL ACRESCIDA - INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - CONSTRANGIMENTO INJUSTO CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. - O Supremo Tribunal Federal não dispõe de competência para processar e julgar, originariamente, "habeas corpus" impetrado em face de atos decisórios emanados de magistrados de primeiro grau. - A existência de condenações penais anteriores irrecorríveis - mesmo relevando-se inaplicável a circunstancia agravante da reincidência, ante o que dispõe o art. 64, I, do Código Penal - não inibe o Poder Judiciário de considerá-las, no processo de dosimetria penal, como elementos caracterizadores de maus antecedentes judiciário-sociais do acusado. - O respeito ao princípio constitucional do contraditório - que tem, na instrução probatória, um dos momentos mais expressivos de sua incidência no processo penal condenatório -, traduz um dos elementos realizadores do postulado do devido processo legal. É preciso ter presente que os poderes inquisitivos do juiz encontram limite no princípio constitucional do contraditório que impõe à autoridade judiciária - qualquer que seja o grau de jurisdição em que atue - o dever jurídico-processual de assegurar às partes o exercício das prerrogativas inerentes à bilateralidade do juízo. - A natureza probatória do exame pericial - notadamente quando realizado na fase judicial da "persecutio criminis" - impõe que se respeite a exigência de bilateralidade dos atos processuais, ensejando-se às partes, "inclusive ao próprio réu", em consequência, a possibilidade (a) de argüirem a incompatibilidade dos peritos (CPP, art. 112), (b) de formularem quesitos (CPP, art. 176) e (c) de criticarem o laudo pericial produzido. - O réu tem o ineliminável direito de ser ouvido previamente sobre quaisquer provas produzidas no processo penal condenatório. A inobservância dessa prerrogativa - que possui extração constitucional - implica cerceamento de defesa e gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade do procedimento persecutório. *HC 69.001*. Primeira Turma. Impetrante: Flávio Jorge Martins. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Pedro Paulo Melego. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2869001%2EENUME%2E+OU+69001%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o3yqnbz>>. Acesso em 18 ago 2014.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 0483, de 12 a 23 de março de 2012*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270493%27>> Acesso em 19 ago 2014.

Em que pese o acima disposto, no Recurso Extraordinário 593.818⁸⁴, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando da fixação da pena base, não reconheceu como maus antecedentes as condenações cujas penas já foram extintas há mais de cinco anos. O que se espera é o julgamento desse recurso pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para amparar as demais decisões dos Órgãos do Poder Judiciário, pois tal matéria também não é pacífica. Nesse caso, a tese defendida pelo TJSC (decisão recorrida) é a de que o juiz deve aplicar o artigo 64, inciso I, do Código Penal, relativo aos efeitos da reincidência, na análise dos maus antecedentes, tendo em vista o caráter eterno dos efeitos de fatos passados.

Observa-se, por conseguinte, que o real fundamento perquirido pelo legislador diante do art. 64, inciso I do Código Penal parece ter sido na previsão constitucional acerca da proibição de penas perpétuas⁸⁵. Paulo Queiroz comenta:

“[...] essa utilização da reincidência como maus antecedentes é abusiva, pois, se não vale como reincidência mesma, não há de valer tampouco como maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Ademais, se não é juridicamente possível o mais (agravamento da pena provisória pela reincidência), não há de ser possível o menos (aumento da pena-base por maus antecedentes).”⁸⁶

Sobre isso, ressalta-se que os efeitos dos maus antecedentes, se comparados aos da reincidência, mostram-se bem mais gravosos ao acusado visto que detêm um caráter de perpetuidade enquanto que os da reincidência são temporários. Como se viu, passado o lapso temporal de 5 (cinco) anos após o cumprimento de pena de um crime, não prevalece a condenação anterior, mas estas podem ser consideradas à título de antecedentes.

Outro aspecto relativo à reincidência em contraposição aos maus antecedentes tem sido a questão do *bis in idem* na fase de aplicação da pena. Ocorre que, diante da primeira fase

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIACÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 593.818 RG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Odair José Pinto. Relator (a): Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 12 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+593818%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+593818%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/a8fwd8l>>. Acesso em: 18 ago 2014.

⁸⁵ SANNINI NETO, Francisco. *Análise de maus antecedentes em processos penais possui divergências*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/analise-maus-antecedentes-processos-penais-possui-divergencias>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

⁸⁶ QUEIROZ, Paulo. *Extinção dos efeitos da reincidência e maus antecedentes*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/extincao-dos-efeitos-da-reincidencia-e-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 20 ago. 2014

de aplicação de pena, o juiz pode vir a aplicar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e considerar uma condenação como configuradora de maus antecedentes, e na segunda fase, pode vir a aplicar a circunstância agravante da reincidência. Entretanto, se o fato já tiver sido considerado na fixação da pena base como maus antecedentes, então não poderá ser considerado também para fins da agravante da reincidência.⁸⁷

Sobre essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 241 que aborda que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”⁸⁸. Para ilustrar essa situação, os seguintes julgados:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. FIXAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. I - 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.' (Súmula nº 241/STJ).II - Na hipótese dos autos, registrando o recorrido Cláudio José dos Santos quatro condenações com o trânsito em julgado,**uma pode ser considerada para agravar a pena e as outras como maus antecedentes**, incidindo, desta forma, os dispositivos previstos, respectivamente, no art. 61, inciso I, e art. 59 do CP. (Precedentes). III - Por sua vez, em relação ao recorrido Leandro da Rosa, registrado apenas uma condenação com o trânsito em julgado, a dupla valoração do mesmo fato como circunstância judicial e agravante, caracteriza verdadeiro bis in idem, aplicação direta da Súmula nº 241 desta Corte. Recurso especial parcialmente provido.”⁸⁹

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. CONFIGURAÇÃO. PERMANÊNCIA POR TEMPO RAZOÁVEL EM PODER DOS AGENTES. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A pequena exasperação da pena-base, de foram adequada e proporcional, restou devidamente justificada apenas nos maus antecedentes do réu, devidamente

⁸⁷ RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Aplicação de maus antecedentes e agravante da reincidência configura bis in idem*. Disponível em:<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081117102241332&mode=print>. Acesso em: 18 ago. 2014

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 241, de 23 de agosto de 2000*. Disponível em:<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0241a0270.htm> Acesso em: 19 ago 2014.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 962.092/RS*. Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Cláudio José dos Santos e Leandro da Rosa. Relator(a): Min. Feliz Fisher. Brasília, 25 de outubro de 2007, grifo nosso. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4010976&sReg=200701409860&sData=20080804&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 19 ago 2014.

comprovados por uma sentença condenatória transitada em julgado, que não foi utilizada para configurar a reincidência.

2. E nada impede que, singularmente apreciadas, **sejam levadas em consideração duas condenações transitadas em julgado, a primeira como maus antecedentes e, a segunda, como reincidência**, porquanto são distintos os elementos geradores. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena [...].”⁹⁰

2.1.1.2 Efeitos penais gerados em caso de suspensão condicional do processo

Até aqui foram observados os efeitos penais decorrentes de sentença penal condenatória. Não se pode olvidar, entretanto, que no caso dos autos o Recorrido, em contrarrazões de Apelação apresentadas perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, informou sobre a ocorrência de suspensão do processo criminal ao qual respondia. Sendo assim, nesse caso específico, haveria que se falar em sentença penal condenatória passível de gerar efeitos penais como maus antecedentes ou reincidência?

. Como evidenciado anteriormente, alguns autores consideram que a extinção da punibilidade decorrente de suspensão condicional do processo não possuiria o condão de gerar efeitos inerentes a uma condenação definitiva. Isso decorre diante da extinção da pretensão punitiva do Estado, ou seja, do seu direito subjetivo de punir (*jus puniendi*).

Não há a discussão da culpabilidade do fato devido a “transação” havida entre o autor do fato e o Ministério Público através do estabelecimento de algumas condições para sua efetividade. O Ministério Público, dono da ação penal, poderia optar pelo prosseguimento da ação penal, contudo, se conforma com um meio alternativo de solução de litígios. Para concluir, vale a seguinte consideração, frente à faceta penal do instituto da suspensão condicional:

“Da política tradicional paleorrepressiva o Estado gradativamente vai passando para a política consensual, que é repleta de “prêmios”. Da verdade material (dificilmente alcançada) passa-se para a verdade consensuada. [...] A suspensão do processo, que pode levar à extinção da punibilidade, é mais um exemplo de direito premial.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 212.613/MG*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Renato da Conceição Luz Telesforo. Relator (a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 15 de outubro de 2013, grifo nosso. Disponível

em: <

Premia-se com a cessação da punibilidade o que aceita cumprir algumas condições (e as cumpre efetivamente) durante certo período, sem discutir sua culpabilidade.”⁹¹

Em contraposição aos efeitos gerados pela extinção da punibilidade, os efeitos gerados pelo exercício efetivo do direito de punir do Estado culminam na verdadeira concretização da pena, decorrente do trânsito em julgado de sentença condenatória. Esse é o marco para se aferir a existência de antecedentes e reincidência.

Primeiramente, a suspensão condicional do processo é uma “figura jurídica que possibilita a paralisação do processo penal, por um determinado prazo estabelecido em lei, desde que o autor do fato, já acusado de uma infração penal, preencha certos requisitos e cumpra, durante o período de prova, algumas condições preestabelecidas pelo juiz”⁹². É uma espécie de transação ocorrida entre Ministério Público e acusado, nos termos do art. 89 da Lei 9.099 de 1995⁹³ de modo que este, se cumprir as condições que lhe foram impostas, será extinta a punibilidade do crime.

O instituto da suspensão condicional do processo foi criado com escopo despenalizador. O Ministério Público a partir do princípio da oportunidade regrada (em contraposição ao princípio da obrigatoriedade), em hipóteses estritamente previstas em lei, dispõe da persecução penal para propor alguma medida alternativa, buscando com isso “evitar a desnecessária estigmatização derivada da imposição de condições inúteis na sua missão preventivo-especial”.⁹⁴

A função primordial desse instituto é a de evitar a estigmatização derivada do próprio processo e de uma sentença condenatória. Ada Pellegrini Grinover, Luíz Flávio Gomes e outros autores abordam que “o processo em si já é penoso para o acusado. Participar de seus rituais (a citação em sua casa, o interrogatório, oitiva de testemunhas, etc) configura um

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 245.

⁹² SALLES, Roberto de Almeida. *A natureza da suspensão condicional do processo*. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/?idcanal=24963>>. Acesso em: 09 set. 2014.

⁹³ BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 09 set 2014.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 245.

gravame incomensurável”⁹⁵, o que demonstra o objetivo principal desse instituto, que é o de evitar o próprio processo. Assim, ao invés de se executar uma pena de prisão de curta duração, desencadeando uma “carreira criminal” ao acusado, o melhor é fazer com que o autor do fato cumpra com certas condições, fora do cárcere⁹⁶, com vistas ao caráter ressocializador da pena e não meramente repressivo.

Tem-se, pois, que a natureza jurídica da suspensão condicional do processo é explicada pelo denominado *nolo contendere* “que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência”⁹⁷, ou seja, nada obsta que posteriormente a atipicidade da conduta, por exemplo, possa vir a ser discutida segundo outros meios processuais.

Frisa-se ainda que os efeitos penais oriundos de uma suspensão condicional do processo são distintos daqueles de uma sentença penal condenatória. A decisão que suspende o processo pode vir extinguir a punibilidade nos termos do art. 89, §5º da Lei 9.099/95, expirado o período de prova, sem que haja revogação motivada do instituto. A esse respeito, os efeitos da suspensão condicional do processo, mormente, diante da análise do RE 560.900, são os de “não gerar nenhum efeito penal secundário típico de sentença penal condenatória (rol de culpados, maus antecedentes, reincidência, etc.)”⁹⁸. Assim, diante da extinção da punibilidade, é como se o fato objeto do processo suspenso nunca tivesse ocorrido, não sendo possível cogitar hipóteses de reincidência e maus antecedentes.

Nesse diapasão, a extinção da punibilidade do fato pela suspensão condicional do processo seria passível de se configurar como maus antecedentes? Nota-se que esse efeito possui íntima ligação ao princípio da não culpabilidade, estabelecido no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, pois diante do postulado de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”, cabendo ao órgão acusador a demonstração do fato imputado ao acusado no processo.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juízados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 250.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juízados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 249

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juízados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 243.

⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juízados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 319.

Para Ada Pellegrini Grinover e outros autores, na suspensão condicional do processo, o acusado não é considerado culpado, primeiro porque não há nessa hipótese produção probatória capaz de atestar a culpabilidade do fato, acobertada por um devido processo legal e, segundo, o acusado não cumpre pena e sim condições. Estas, por sua vez, não lhe foram impostas pelo Estado através de seu poder de punir, foram simplesmente aceitas pelo acusado oriundas de sua autonomia de vontade⁹⁹. A mera aceitação da suspensão condicional do processo não significa reconhecimento de culpa ou de responsabilidade penal¹⁰⁰, logo, não gera efeitos de sentença penal condenatória.

2.2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Destaca-se que o princípio constitucional da moralidade administrativa foi o principal embasamento por meio do qual se socorreu o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para a interposição do Recurso Extraordinário 560.900. Para o *Parquet*, a existência de mera denúncia criminal por crime de falso testemunho já possibilitaria o impedimento quanto à participação do candidato Robério Agostinho no curso de promoção, pois a situação de se afigurarem processos criminais, mesmo que pendentes de trânsito em julgado bastaria para se configurar a inidoneidade do candidato frente à Administração Pública. Esta, por sua vez, não poderia admitir em seus quadros candidatos submetidos a uma situação como esse, pois deve estrita observância aos ditames da honestidade, probidade e boa-fé, decorrentes da moralidade administrativa.

A questão que se coloca é: como conceber que um agente público, que deve resguardar, em última análise, pelo interesse coletivo, ingresse no serviço público (por meio de certames públicos) tendo ele envolvimento com situações que denotem a prática de algum fato tipificado como crime, comprometendo assim a conduta ilibada e inidônea esperada pela sociedade e pela própria instituição?

Primeiramente, impende-se salientar que a organização de um povo por intermédio de uma Constituição remonta-nos a ideia do contrato social estabelecido por Rousseau. Ele, em outras palavras, consignou que o Estado de Direito somente funcionaria se

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juízados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juízados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252-253.

houvesse um pacto público derivado da vontade geral, pressupondo-se que esta vontade legitimaria atuações de seus integrantes.

Sob tal enfoque podemos apontar que a aceção das instituições vêm daí, ou seja, a coletividade diante de sua estrutura organizada legitima o Estado a desempenhar atividades de cunho social e político e esses três aspectos, estrutura, legitimação e função devem estar disciplinados na Constituição já que esta representa o instrumento de realização das funções de um Estado.¹⁰¹

A Administração Pública faz parte da estrutura do Estado sendo responsável por coordenar mecanismos das instituições públicas com vistas a se exercer a vontade pública. A Administração Pública brasileira orienta-se por princípios, dentre eles a moralidade administrativa, disciplinada no art. 37 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”¹⁰²

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude.¹⁰³ Os cânones da lealdade da boa-fé indicam como a Administração deve atuar diante de seus administrados, ou seja, com sinceridade, sem qualquer comportamento que possa, por ventura, dificultar ou diminuir o exercício de direitos por parte dos cidadãos.¹⁰⁴

A moralidade administrativa impõe ao administrador público a não dispensa dos preceitos éticos para embasar sua conduta, devendo não só avaliar os critérios de conveniência oportunidade de suas ações como também distinguir o que é honesto ou não.¹⁰⁵ Nesse sentido, é dever do administrador público saber distinguir não só o bem e o mal, o legal

¹⁰¹ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. Princípio da moralidade institucional: conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

¹⁰² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 jun 2014.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22.

e o ilegal o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto.¹⁰⁶

A Administração Pública é regulada por uma moralidade jurídica e não pela moralidade comum, ou seja, há uma moral institucional inserida na lei, imposta pelo Poder Legislativo às instituições do governo e uma moral administrativa que se estabelece dentro do próprio ambiente institucional aí podendo se pautar as atuações discricionárias da Administração. Assim, devido ao fato de estar alicerçada em uma moralidade jurídica e não comum, a partir de regras e princípios disciplinados em lei, é que os atos da Administração Pública podem vir a ser invalidados por vício de imoralidade.¹⁰⁷

Sobre isso, ressalta-se a distinção que é feita pela doutrina entre legalidade e moralidade dos atos no âmbito administrativo. O Informativo nº 540 do Superior Tribunal de Justiça, de 28 de maio de 2014, sintetiza o entendimento da doutrina sobre tal distinção, o qual se encontra disposto, *verbis*:

“A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. A confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade deve provir do *caput* do art. 11 da Lei 8.429/1992, porquanto ali está apontada como ímproba qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (art. 37 da CF). Mas nem toda ilegalidade é ímproba. Para a configuração de improbidade administrativa, deve resultar da conduta enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/1992), prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/1992) ou infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da CF e 11 da Lei 8.429/1992). A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo. Nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa. Em nenhuma das hipóteses legais, contudo, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações. Assim, ainda que demonstrada grave culpa, se não evidenciado o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, bens tutelados pela Lei 8.429/1992, não se configura improbidade administrativa.”¹⁰⁸

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa consistente no dever de o “funcionamento servir a Administração com honestidade, procedendo no

¹⁰⁶ BRANDÃO, Antônio José apud PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.677.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 540, de 28 de maio de 2014*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 20 jun 2014.

exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidade delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.¹⁰⁹ Diante do explicitado, há de se considerar que ato administrativo não deve ter respaldo exclusivamente na lei, é necessário também a verificação do comportamento da Administração ou do administrado, pois sempre que houver ofensa à moral, aos bons costumes, aos princípios de equidade e justiça, à ideia do bem coletivo, às regras de uma boa administração, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.¹¹⁰

A ética é pressuposto essencial do princípio da moralidade administrativa e como tal deve ser entendida como uma limitação imposta às condutas humanas de modo que as mesmas sejam disciplinadas por normas para que não se chegue ao arbítrio que o comportamento individual possa causar no coletivo e vice-versa. Assim, todo o conjunto de normas que disciplinam o comportamento ético de um modo geral, se constitui a moral. A conduta dotada de moralidade, em uma concepção bastante simplista, é aquela que tem o condão de dar conformidade às regras morais estabelecidas diante da subjetividade e objetividade comportamentais de modo que, ao considerar a obediência que se deve a tais regras, elas não se sobreponham umas às outras.¹¹¹

A moralidade administrativa sugere esse contexto, ou seja, há um regramento estabelecido nas Constituições visando, em uma última análise, evitar arbitrariedades entre os interesses das próprias entidades institucionais (públicas e privadas), assim como evitar arbitrariedades de qualquer interesse coletivo sobre o individual.

A ofensa ao princípio da moralidade pode afetar vários aspectos da Administração. Assim, quando há situações de corrupção, enriquecimento ilícito de agentes públicos, solicitação ou exigências de vantagens indevidas, nepotismo no serviço público, a sociedade logo exige uma resposta buscando em última análise uma justificativa plausível a esses desvios de conduta do servidor público diante do interesse público que é o que Administração Pública tutela. Tendo isso considerado, tem-se que atos que impliquem improbidade administrativa serão punidos em prol do interesse da sociedade, zelando pelos

¹⁰⁹ CAETANO, Marcelo apud SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 678.

¹¹⁰ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79.

¹¹¹ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. *Princípio da moralidade institucional: Conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

comportamentos que esta considera como corretos e dotados de lisura em dado momento histórico.

Nosso ordenamento jurídico previu instrumentos para sancionar a inobservância das regras da moralidade administrativa. Como exemplo, pode-se citar a ação popular, prevista no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal de 1988, que pode vir a ser intentada por qualquer cidadão visando anular ato lesivo à moralidade administrativa.¹¹²

Diante do exposto, o agente público deve seguir os ditames de honestidade, boa-fé, probidade, ética e lealdade, pois é só a partir de tais comportamentos que os direitos fundamentais e objetivos disciplinados pela República Federativa do Brasil serão efetivados.

2.3 CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE X MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Restou-se estabelecido um aparente conflito entre os princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade e da moralidade administrativa. Embora, o Recorrido tenha acostado aos autos certidão de “nada consta criminal” devido à suspensão condicional do processo que respondia, a discussão cingiu-se à previsão do Edital do certame acerca da possibilidade de exclusão do candidato do Curso de Formação caso ele “denunciado por crime doloso”, ou seja, tal situação iria de encontro ao princípio de não culpabilidade previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Por outro lado, há a exigência do sujeito possuir idoneidade moral inatacável, ou seja, possuir bom comportamento social, o que se faz presumir que ele respeita em seu âmbito privado uma moralidade comparada àquela que lhe será exigida em cargo público, respeitando-se, por conseguinte o preceituado pelo art. 37 da Constituição Federal, o princípio da moralidade administrativa.

Assim sendo, vale ressaltar que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios no qual é inerente a ocorrência de conflitos ou colisões. Desde o estabelecimento de uma nova ordem constitucional, várias posições ideológicas foram assumidas e incorporadas às regras e aos princípios, ensejando-se a possibilidade de haver algum tipo de

¹¹² MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 145.

conflito quando da aplicação destes. A verdadeira solução se pauta em analisar qual norma deve prevalecer na solução do caso concreto.

Alexy salienta a diferença essencial existente entre regras e princípios:

“Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. [...] Já as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam, elas têm uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.”¹¹³

Destarte, em caso de um possível conflito entre normas, o conflito de regras, por exemplo, somente poderia ser resolvido se fosse introduzido, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.¹¹⁴ Já quando se trata de um conflito (colisão) entre princípios, que é o que ocorre no caso em análise, um princípio terá de ceder. Diante disso, somente princípios válidos podem colidir e a solução para tal colisão se dará pelo sopesamento deles. A depender do caso concreto os princípios podem ser aplicados em graus diferenciados.¹¹⁵

O sopesamento de princípios tem como objetivo definir qual dos interesses conflitantes devem prevalecer ao caso concreto.¹¹⁶ Com relação ao caso dos autos temos uma colisão em sentido amplo, pois segundo Alexy esta ocorreria quando a situação envolver “conflitos” entre direitos fundamentais e interesses fundamentais coletivos. Não há nesses casos a precedência de um princípio em detrimento de outro e sim uma ponderação de ambos os interesses que apontarão qual solução a ser dada ao caso concreto. Alexy salienta que em havendo interesses coletivos o que se tem é o caráter ambivalente do bem coletivo, pois ao mesmo tempo que dispõe acerca de valores coletivos a serem seguidos, são pressupostos ou meios de realização de direitos individuais.

Assim, levando-se em consideração o princípio da presunção de não culpabilidade disposto no caso em concreto em apreço, há o impedimento de que pessoas sejam consideradas culpadas antes que haja o trânsito em julgado de sentença condenatória, contudo, esse princípio pode vir a ceder em certas ocasiões a um valor maior. Há de serem consideradas, por intermédio de um juízo de ponderação, se os ditames da ética e da moral prevaleceriam em detrimento de: ter o acusado estar denunciado por processo criminal sem,

¹¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.104.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 93

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 210.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.95.

contudo, haver trânsito em julgado, ter ele se submetido a suspensão condicional do processo e cumprido condições, ter havido extinção de punibilidade do crime cometido, estar ele cumprindo ou não com as funções a que a pena se vale, dentre outros aspectos.

O mecanismo da ponderação liga-se a ideia da proporcionalidade. Sua aplicação depende da verificação dos critérios de adequação do meio utilizado para a persecução do fim almejado, da necessidade do meio a ser utilizado e da aplicação da proporcionalidade estrito senso.¹¹⁷ Quanto ao meio utilizado, prima-se por aquele que seja menos danoso para se atingir o resultado desejado. Com relação à necessidade do meio, tem-se que deve ser utilizado o meio “mais suave e menos restritivo” aos direitos fundamentais, de modo que a colisão se resolva em prol do princípio de meio menos gravoso. Portanto, o ônus imposto ao direito sacrificado não pode sobrelevar o benefício que se pretenda obter com a solução.¹¹⁸

O juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito ou pelo juiz quando da resolução de uma lide ou pelo legislador quando determina que, sob determinadas condições um direito há de prevalecer sobre o outro.

No caso dos autos o juiz deve esclarecer sob quais condições o princípio da não culpabilidade deve prevalecer sobre o princípio da moralidade administrativa. Possíveis soluções poderiam ser tomadas para resolver esse aparente conflito de normas: recorrer à teoria liberal dos direitos fundamentais no que diz respeito à proteção do indivíduo contra os Poderes Públicos; à teoria dos valores que aborda que os direitos fundamentais possuem caráter objetivo, orientando-se para a realização dos valores protegidos pela norma constitucional; à limitação intrínseca da norma de direito fundamental e a consideração da função social que o direito proclamado exerce¹¹⁹, entre outras. A solução dependerá da sensibilidade do operador jurídico frente ao caso concreto, buscando-se sempre preservar os valores predominantes na sociedade e a justiça esperada por toda a sociedade.

¹¹⁷ JÚDICE, Mônica Pimenta. *Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 02 set. 2014.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 210.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214.

3 AS FUNÇÕES DA PENA

Nota-se que a maioria dos concursos públicos visando provimento de cargos e empregos públicos, solicita a chamada certidão de “nada consta” criminal de modo a salvaguardar a moralidade da Administração Pública quando da eleição dos candidatos mais aptos ao serviço público. Ocorre que, o critério de seleção de alguns candidatos, estigmatizados pelo fato de possuírem condenações oriundas de sentenças condenatórias transitadas em julgado, acaba por atentar contra a utilidade da pena, mais precisamente ao caráter prevencionista da pena.

Inicialmente, insta consignar que o sujeito que cometeu um crime já é, desde o início, estigmatizado como criminoso pela sociedade. Assim:

“[...] ao receber o batismo inicial de uma sentença condenatória, além do estigma social que o impede de encontrar trabalho, recuperar sua boa fama e obter o direito de viver plenamente sua cidadania produtiva nesse sistema em que impera a desigualdade econômica, social e jurídica, o condenado passará a ser identificado como um indivíduo “propenso ao crime”, o que o torna um presa fácil e cliente preferencial do sistema, para servir-se desse rótulo com a finalidade de justificar uma segregação mais rigorosa e excludente.”¹²⁰

Sob esse aspecto, o Estado detém o denominado direito de punir (*jus puniendi*) e se utiliza de tal prerrogativa quando algum cidadão pratica um fato descrito como crime. Em um primeiro momento, o Estado disciplina as chamadas normas penais, sendo essas responsáveis por prever, em abstrato condutas tipificadas como crimes ou contravenções penais, estabelecendo ainda, penas para essas condutas. Esse é o caráter objetivo do direito de punir do Estado.

Já diante do aspecto subjetivo do direito de punir, tem-se que:

“O Direito Penal Subjetivo – o direito de punir do Estado – tem limites no próprio direito penal objetivo. Não se compreende um *jus puniendi* ilimitado. A norma penal não cria direitos subjetivos somente para o Estado, mas também para o cidadão. Se o Estado tem o *jus puniendi*, o cidadão tem direito subjetivo de liberdade, que consiste em não ser punido senão de acordo com as normas ditadas pelo próprio Estado.”¹²¹

Quando constatada a ocorrência de um delito, portanto, nasce para o Estado a prerrogativa de punir. Entretanto, não se pode olvidar que o exercício de tal prerrogativa não

¹²⁰ DARLAN, Siro. *O estigma dos condenados*. 2013. Disponível em: <<http://www.blogdosirodarlan.com/?p=421>> . Acesso em 25 set 2014.

¹²¹ JESUS, Damásio E. apud NETO. Inácio de Carvalho. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013. p. 33.

pode ocorrer de modo arbitrário e ilimitado, devendo ser obedecidas as próprias regras que ele próprio criou (Direito Penal Objetivo). Durante toda fase de persecução penal que o indivíduo será submetido, devem lhe ser resguardados todos os direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal e, dessa maneira, pode-se dizer que “é por meio de um processo banhado pelo contraditório e pela ampla defesa que o Estado exerce o seu direito de punir.”¹²²

A presunção de não culpabilidade é uma dessas garantias, como já salientado, que se configura como um direito subjetivo de todo o cidadão segundo o qual o Estado deve respaldo quando da utilização de seu poder de punir. Assim, sob o manto do devido processo legal, caso haja a prolação de uma sentença condenatória a um indivíduo acusado, deve o Estado se alicerçar em seus próprios limites objetivos para a aplicação da pena.

Ao se aplicar uma pena, deve ser obedecido o método trifásico segundo o qual primeiramente é estabelecida pelo juiz a pena-base referente ao delito, após, serão definidas, se houver, as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes da pena e, finalmente, alcança-se a pena em definitivo considerando-se as causas de aumento e diminuição da mesma. Esse critério visa garantir que a fixação da pena seja justa e adequada à repressão e prevenção ao crime. Em outras palavras:

“Caso alguma dessas fases seja suprimida, a decisão condenatória será nula por ofensa aos princípios da legalidade e da individualização da pena. Percebe-se, pois, que o critério trifásico caracteriza-se como uma verdadeira garantia ao indivíduo, impedindo eventuais abusos por parte do Estado.”¹²³

Aliás, insta destacar que o Código Penal em seu artigo 59, conforme já transcrito, esboçou o fim da pena, ou seja, ela deve ser “suficiente para reprovação e prevenção do crime”.¹²⁴ Há de se considerar, para tanto, as chamadas teorias justificadoras da pena que buscam esclarecer os fins da pena, ou seja, explicar a relação do Direito Penal, das penas e do direito de punir.

¹²² SANNINI NETO, Francisco. *Análise de maus antecedentes em processos penais possui divergências*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/analise-maus-antecedentes-processos-penais-possui-divergencias>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

¹²³ SANNINI NETO, Francisco. *Análise de maus antecedentes em processos penais possui divergências*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/analise-maus-antecedentes-processos-penais-possui-divergencias>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

¹²⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 07 ago.2014.

Para o Direito Penal a pena pode assumir um caráter tanto pessoal quanto estatal.¹²⁵ Diante do primeiro aspecto há de se considerar o sujeito que sofre a pena, ou seja, se o mesmo é capaz de discernir o sentido da pena (como meio de retribuição pelo injusto causado) e as conseqüências da mesma (ou seja, o mal causado pela pena).

As teorias que tratam da finalidade das penas são: a retribucionista e a prevencionista. A primeira diz ter a pena um caráter retribucionista na medida em que funciona como uma resposta do sistema ao mal praticado, sendo aplicada ao mal do crime, o mal da pena.¹²⁶ A ideia do retribucionismo do mal do crime pelo mal da pena surgiu com os pensadores da Escola Clássica, como Beccaria, Locke, Jeremias Bentham, dentre outros. O fim exclusivo da pena, nesse sentido, seria o de castigar o criminoso, pois o crime era visto como um pecado e a pena como sua conseqüência.

A pena seria o castigo imposto ao delinqüente e assim, acreditava-se que somente um castigo exemplificador impediria que sujeito voltasse a praticar novos crimes e resguardaria os membros da sociedade. Essa visão clássica de retribuição social do delinqüente foi substituída por aquela da Escola Positiva de que a pena seria um mecanismo de defesa da sociedade contra os criminosos. Por fim, a visão utilitarista sustentava a função da pena como a de proteção dos bens jurídicos.¹²⁷

Noutro giro, a função prevencionista da pena estaria calcada tão somente na prevenção do cometimento de outros crimes, abandonando-se, por conseguinte, o caráter eminentemente retributivo da pena.

Em vista disso, a prevenção pode ser geral ou especial, por se endereçar simultaneamente aos cidadãos (prevenção geral) e ao criminoso, em particular (prevenção especial).¹²⁸ Pode a prevenção ser classificada ainda como positiva ou integradora e negativa:

“[...] com a pena, se corrige o réu (prevenção integradora especial) e, ao mesmo tempo, se reforça a autoridade do Estado e o sentimento, nas pessoas, de necessidade de respeito às leis (prevenção integradora geral); como prevenção *negativa*, porque, com ela, ao mesmo tempo que se neutraliza (castiga-se) o réu (prevenção especial

¹²⁵ WELZEL, Hans; REZENDE, Afonso Celso. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003. p. 327.

¹²⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107.

¹²⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 106.

¹²⁸ FERRAJOLI apud BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 118.

negativa), dissuadem-se os cidadãos “honestos” a não praticarem crimes de qualquer espécie (prevenção geral negativa).”¹²⁹

Quando o direcionamento da prevenção for para o próprio criminoso, a função da pena buscará interferir em seus sentimentos, instintos e aspirações, passando o indivíduo a concentrar-se em si mesmo, imprimindo em si um comportamento esperado diante da vida em sociedade. O indivíduo se preocupará em trabalhar, estudar, levar uma vida ordenada. Welzel afirma que todos os caracteres pessoais se penetram mutuamente, pois “o sentido da pena (a justiça da retribuição) faz sensível ao autor para a impressão dela (o mal da pena), e vice versa.”¹³⁰

Já quando o direcionamento da retribuição advinda da pena se estabelece na própria sociedade, a pena é utilizada com o fim de salvaguardar a ordem jurídico-social estabelecida sociedade pelo Estado, devendo este adotar critérios justos de punição já que lhe assiste o direito de punir (*jus puniendi*). Nos dizeres de Welzel: “No caso de punir, deve punir justamente; mas se pune ou não, depende de que a pena seja necessária para a existência da ordem jurídica.”¹³¹

Nesse sentido, a pena assume a função primordial de defesa social,¹³² posto que o homem desde que passou a viver em sociedade sacrificou algumas de suas liberdades em prol do bem geral realizando uma espécie de contrato social pelo qual depositou parcelas dessas liberdades nas mãos dos governantes objetivando em troca a mínima segurança para que pudesse se estabelecer na vida coletiva.¹³³

Aliás, ao haver leis que regulem as relações humanas, sobretudo, diante da vivência em sociedade, é mais do que natural haver sanções àqueles que não obedecem a tais leis do ordenamento jurídico vigente. Portanto, são dois os modelos que buscam legitimar o poder punitivo do Estado: as teorias de prevenção geral, que pretendem que o valor positivo da criminalização atue sobre aqueles que não delinqüiram e ainda as teorias de prevenção

¹²⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 118.

¹³⁰ WELZEL, Hans; REZENDE, Afonso Celso. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003. p. 329.

¹³¹ WELZEL, Hans; REZENDE, Afonso Celso. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003. p. 329.

¹³² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 114.

¹³³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesare%20Beccaria.pdf>> Acesso em: 09.mai.2014.

especial, que diz respeito ao valor positivo da criminalização atue sobre aqueles que delinqüiram.¹³⁴

3.1 FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL

O enfoque neste momento será para a chamada função preventiva especial da pena. No decurso histórico do Direito Penal, em se tratando da pena e do Estado, nota-se diversas rupturas, dentre as quais pode ser mencionada a mudança das concepções retribucionistas da pena para àquelas preventivas da pena. Primeiramente, há de se considerar que a pena é necessária em nossos dias, pois do contrário seria impossível a convivência em sociedade. Bitencourt aborda ser necessário analisar as funções da pena e a justificativa das mesmas, pois se trata da privação de um direito de liberdade. Assim:

“A questão da privação da liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas.”¹³⁵

Intitulada também de teoria relativa, finalista ou utilitária, para a teoria da prevenção a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir.¹³⁶

Para Gilberto Ferreira:

“Esta teoria se baseia nas Teorias do Melhoramento e da Emenda; e do Ressarcimento, onde na primeira a principal finalidade é impedir a prática de novos delitos, e esta finalidade só seria atingida através do melhoramento do agente do ilícito, o qual não voltaria a prática do delito; já na segunda a pena serviria para castigar o indivíduo marginalizado e, conseqüentemente o ressarcimento dos danos e prejuízos causados por sua conduta ilegal.”¹³⁷

A prevenção especial atua sobre o indivíduo que já cometeu um ilícito penal e tem como fim primordial o aspecto do sujeito não volte a delinquir. Assim, a prevenção atuaria de

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 115.

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p.595.

¹³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 386.

¹³⁷ FERREIRA, Gilberto apud MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 08 ago 2014.

três diferentes formas: através da intimidação pessoal do condenado, da sua neutralização, decorrente da segregação compulsória e, afinal, da sua ressocialização ou reintegração social.¹³⁸

Na primeira situação ocorre a intimidação pessoal do criminoso no momento de aplicação da pena, mormente, na execução desta. A neutralização se refere à execução das penas privativas de liberdade, tão somente, de modo que o condenado fique encarcerado e isso, por si só, impeça-o de delinquir. Esse aspecto está associado ao resguardo da sociedade contra novas violações ao ordenamento jurídico. A terceira situação vinculada às funções da pena é aquela da reintegração no que diz respeito à execução das penas restritivas de direito privativas de liberdade que visa criar estímulos ao sujeito delinquente para que ele não volte a cometer crimes quando findo o cumprimento da pena.¹³⁹

No que tange à prevenção especial, tem-se que há mecanismos para que o sujeito não volte à prática de ilícitos penais os quais são chamados de mecanismos de prevenção do crime capazes de ressocializar e reeducar o criminoso. O indivíduo que vai para o cárcere já encontra em si sua própria deterioração e sofre a estigmatização da sociedade em razão do delito praticado. Em tese, tem-se que o sentido da pena é de um bem para quem a sofre, ou seja, a pena deve ser aquela cujo papel é a realização das políticas ressocializadoras como a educação, a reinserção, repersonalização e a reincorporação do indivíduo na sociedade. Diante de tal teoria, o poder punitivo do Estado estaria legitimado a partir do argumento de melhoramento do próprio infrator.¹⁴⁰

O Estado incute na esfera individual do infrator que sua conduta revela sintomas de inferioridade perante o sistema e, a partir da aplicação da ideologia “re” (acima) busca, em última análise, afetar toda sua personalidade. Por isso, a intervenção punitiva estaria legitimada porquanto o Estado conhece o que é benéfico à sociedade podendo agir em prol

¹³⁸ MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 08 ago 2014

¹³⁹ MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 08 ago 2014.

¹⁴⁰ MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 08 ago 2014.

desta visando modificar o ser através da imposição de modelos de comportamentos humanos.¹⁴¹

A prevenção como função da pena, portanto, tem o escopo de intimidar não só o criminoso, mas também a toda a sociedade de modo a servir para evitar a prática de novos crimes no meio social. A tese preventiva tem por base a função de inibir o máximo possível a realização de novos atos ilícitos. Para Cezar Roberto Bitencourt:

“[...] a pena deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social; e o delinqüente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem.”¹⁴²

A prevenção especial pode ser ainda positiva ou negativa a depender de seus efeitos sobre o apenado. A primeira hipótese é a de que seja aplicada ao indivíduo infrator uma pena privativa de liberdade (resultando seu encarceramento) para que este fique isolado do convívio em sociedade. A partir desse mecanismo o criminoso deixaria de ser uma ameaça à sociedade e, após, estaria apto à fase de ressocialização. A prevenção denominada positiva visa atuar positivamente sobre o apenado, consistindo em sua ressocialização, ou seja, tem como função essencial a de que o indivíduo não volte a delinquir, mas também, já na fase de execução da pena, ele passa pela denominada fase de correção que contribui para a (re) inserção do indivíduo na sociedade tão logo este saísse do cárcere.¹⁴³

A doutrina moderna tem maior respaldo por essa última teoria visto que ela se mostra mais efetiva no que diz respeito à redução dos índices de criminalidade. Alguns dos mecanismos para reinserção indivíduo da sociedade consistem em oferecer possibilidades para que os apenados possam diminuir seu tempo de pena (instituto da remição), como por exemplo, o oferecimento de cursos escolares e profissionalizantes ou ainda oficinas para que possam aprender algum ofício.

Noutro giro, pode-se dizer que o instituto da pena para o Estado funciona como um instituto de defesa social ao “melhorar as cédulas imperfeitas de seu corpo social, cuja

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 125.

¹⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto apud MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 08 ago 2014.

¹⁴³ MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 08 ago 2014.

saúde, como expressão da saúde de todas as suas células, é o que interessa em última análise.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 125.

3.2 A VALIDADE DA EXCLUSÃO DE CANDIDATO DE CONCURSO PÚBLICO FRENTE À FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL DA PENA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

De um lado, o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. De outro, o princípio constitucional da moralidade administrativa. Qual deve prevalecer quanto ao deslinde do Recurso Extraordinário 560.900? Pode um candidato ser legalmente eliminado de um concurso público pelo fato de estar respondendo a inquérito ou processo penal? Se o próprio Estado, que estipulou a função ressocializadora da pena, defende que o estudo é a melhor forma de ressocialização, como se conceber que esse mesmo Estado aduza que um determinado sujeito não reúna condições para acesso a cargos públicos, sendo que o sujeito está atendendo os preceitos da função preventiva especial da pena? A partir de todo conteúdo colacionado ao presente trabalho será estabelecido um possível posicionamento do Supremo Tribunal Federal ante ao caso.

A configuração do Estado Brasileiro é de Estado Democrático de Direito, devendo sua ordem estar estabelecida, principalmente, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.¹⁴⁵ Decorre daí a premissa dos direitos e garantias fundamentais preconizados pelo art.5º, *caput*, de nossa Carta Magna. As garantias visam o resguardo de certos direitos, a exemplo, a garantia da presunção de inocência ou de não culpabilidade tutela o direito da liberdade do cidadão em detrimento do poder punitivo do Estado. Entretanto, observa-se que teoria e a prática não se relacionam no que diz respeito ao atendimento dessas garantias pelo próprio Estado que as editou. Assim, cada vez mais, se percebe a existência de decisões judiciais que afrontam os princípios e regras do Estado Democrático de Direito.

A Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (quando do julgamento do Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, diante da decisão em Mandado de Segurança que concedeu a ordem para que o candidato participasse do Curso de Formação), reportou que a regra prevista no edital iria de encontro à garantia da

¹⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set 2014.

presunção de não culpabilidade disposto na Constituição Federal e traduziu meu posicionamento pessoal sobre o assunto.

Primeiramente, como salientado pela Turma, o Decreto Distrital 7.456/83, que regula o edital do Curso, é de 1984 enquanto que a Constituição da República Federativa do Brasil é de 1988 e, sendo assim, são válidas todas as normas anteriores à vigência do novo ordenamento desde que elas não contrariem o que dispõe a Constituição.

Frisa-se que o ora recorrido teve seu registro indeferido quando da realização de matrícula para frequentar o Curso de Formação de Cabos e Combatentes da Polícia Militar. A regra do certame mostra-se inconstitucional, pois contraria o princípio da presunção de não culpabilidade estabelecida no art. 5º, LVII da Constituição Federal. Alguém somente poderia vir a sofrer com os efeitos penais de uma sentença condenatória se, de fato, fosse considerado culpado.

Como se viu, há duas correntes a respeito dos maus antecedentes, uma considerando que os efeitos por eles gerados decorrem unicamente do trânsito em julgado de sentenças oriundas de processos criminais (e incapazes de gerar reincidência) e a outra apontando para a ideia de que todo e qualquer tipo de processo criminal em desfavor do acusado, independentemente de haver trânsito em julgado seria visto como maus antecedentes. Ressalta-se a orientação da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça aponta para a corrente mais aceita acerca dos antecedentes criminais de modo a vedar a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, ou seja, não há como se considerar processos em curso a fim de caracterizar maus antecedentes ao réu. Dessa forma, nem mesmo inquéritos policiais ou ações penais em curso seriam capazes de prejudicar a presunção de não culpabilidade de que dota todo acusado.

Ainda, com relação aos efeitos gerados pelos maus antecedentes quando advindos do trânsito em julgado de sentença condenatória, gozam de caráter de perpetuidade se comparados com os efeitos da reincidência. Na reincidência, como se viu, não se considera condenação anterior decorridos 5 (cinco) anos após o cumprimento da pena, enquanto que nos maus antecedentes não se considera esse período. Como já dito, o art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal veda as penas de caráter perpétuo, e em atenção a esse preceito, se nem a pena principal pode ter caráter de perpetuidade, muito menos os efeitos da condenação que a originou podem perdurar eternamente, como por exemplo, os maus antecedentes. Sugere-se aqui uma “interpretação analógica *in bonam partem*, utilizando-se o prazo de 5 (cinco) anos

previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, para a limitação temporal de resultados provenientes dos maus antecedentes”.¹⁴⁶

A sentença condenatória capaz de afirmar a culpabilidade de um acusado é estritamente aquela dotada de trânsito em julgado e obtida diante do devido processo legal. Há de se considerar que a própria Constituição do Brasil de 1988 consagrou o princípio do contraditório e da ampla defesa que preleciona o seguinte: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁴⁷

Tem-se, pois que a culpabilidade (em sentido amplo) a respeito de um fato cometido por um agente deve ser atestada por um amplo conjunto probatório decorrente do ônus probatório imposto à acusação (Ministério Público como órgão acusador ou o próprio ofendido), com vistas ao artigo 156, primeira parte, do Código Penal que aduz que “*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*”.¹⁴⁸ Tanto é assim, que, em não havendo provas robustas capazes de provar que o réu é culpado, prima-se pelo princípio do *in dubio pro reo*. Nesse sentido, a própria redação do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal alude que o juiz absolverá o réu, desde que reconheça não existir prova suficiente para a condenação.¹⁴⁹

Entretanto, ao concluir pela culpa, o juiz exara sentença condenatória em desfavor do acusado e parte para a aplicação da pena, conforme o modelo trifásico de fixação da pena oriundo do Código Penal. Observa-se, contudo, que no caso aqui em análise, o Recorrido teve extinta sua punibilidade diante do atendimento às condições decorrentes de suspensão condicional do processo diante do crime que cometera (falso testemunho), ou seja, sequer houve sentença condenatória nem mesmo produção probatória acerca da culpabilidade do agente com relação ao fato praticado.

¹⁴⁶ ANDRADA, Doorgal. *Limitação temporal dos efeitos penais e os maus antecedentes*. 2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/09/limitacao-temporal-efeitos-penais-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 01 set 2014.

¹⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 ago. 2014.

¹⁴⁸ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20 ago.2013.

¹⁴⁹ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20 ago.2013.

Vale lembrar que a suspensão condicional do processo tem caráter despenalizador na medida em que através da implementação de condições estabelecidas em lei ao réu, ele pode vir a ter extinta a punibilidade decorrente do ilícito praticado. O Ministério Público, diante do princípio da oportunidade regrada “obsta” o *persecutio criminis* e propõe uma medida alternativa buscando-se evitar uma desnecessária estigmatização decorrente de uma possível sentença penal condenatória. Com isso, conclui-se que os efeitos penais (rol de culpados, maus antecedentes, reincidência) decorrentes da extinção da punibilidade em suspensão condicional do processo de sentença penal condenatória são nulos, ou seja, é como se o fato nem tivesse ocorrido.

Outro aspecto que aqui se destaca é o da investigação social prevista em alguns concursos públicos que avalia não só questões atinentes à existência de processos criminais em desfavor do acusado, mas também aspectos de sua vida pessoal, como seu comportamento em sociedade, aspectos de sua personalidade, etc. O Ministério Público tratou de não se vincular a ideia de que inquéritos e ações penais em curso, pendentes de trânsito em julgado pudessem ir de encontro ao princípio da presunção de não culpabilidade. Ao contrário, considerou tais procedimentos como fatos desabonadores da personalidade do agente frente à Administração Pública e impeditivos à promoção do candidato ou à tomada de posse, em outros casos. Essa valoração atinente à personalidade do agente é um tanto quanto subjetiva das Comissões de concurso, pois se deixa de lado o aspecto da legalidade (objetivo) e parte-e para a valoração de critérios pessoais do sujeito que participa de um concurso público,

O Supremo Tribunal Federal, em outras oportunidades, já firmou o entendimento no sentido de que a eliminação do candidato de concurso público que esteja respondendo a inquérito ou ação penal, sem pena condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência. Como exemplo, cita-se a decisão do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário 634.224:

“[...] Essa orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal apóia-se no fato de que a presunção de inocência – que se dirige ao Estado, para lhe impor limitações ao seu poder, qualificando-se, sob tal perspectiva, como típica garantia de índole constitucional, e que também se destina ao indivíduo, como direito fundamental por este titularizado – representa uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua permanente luta contra a opressão do poder. O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a

presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento – insista-se -, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. [...] Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime indigitado como grave, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.”¹⁵⁰

Pois bem, ao se realizar qualquer certame público, os candidatos devem observância às regras contidas no edital, contudo, “embora caiba à Administração Pública a eleição dos critérios, baseados nos juízos de conveniência e oportunidade, o certo é que devem ser dotados de razoabilidade. A seleção de candidatos não deve ser desatrelada da observância dos direitos e garantias constitucionais”.¹⁵¹ Assim, a etapa de sindicância de vida pregressa e investigação social, o candidato deve atestar se possui antecedentes criminais e estes, por sua vez demonstram o “currículo” de sua vida penal, não podendo, entretanto, serem valorados como tais se não houver o trânsito em julgado de sentença condenatória, sob pena de se contrariar a garantia constitucional de presunção de não culpabilidade, de que dota todo cidadão.

Em contraposição a isso, o edital se debruçou indiretamente por um critério de verificação dos antecedentes criminais mais abrangentes do que aborda a visão mais atual (relativo unicamente a condenações passadas e transitadas em julgado). Observa-se que o *Parquet*, em sede de Recurso Extraordinário, suscitou que mesmo havendo processos criminais incapazes de ir de encontro ao princípio de presunção de não culpabilidade do

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. VIDA PREGRESSA DO CANDIDATO. EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE PROCEDIMENTOPENAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSGRESSÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. *RE 634.224 RG*. Relator (a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 14/03/2011. DJe: 21-03-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000135998&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26ago 2014.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 560.900 RG*. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=176564#1%20%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO>>. Acesso em: 15 set 2014.

agente, estes poderiam ser vistos como empecilho no que diz respeito à moralidade administrativa no que se refere a boa conduta moral que se espera de um administrador público. Isso acaba por “cercar” o candidato de todos os lados, impedindo-o de participar de concursos públicos em qualquer hipótese.

Sob o contexto de preservação da moralidade administrativa, o Órgão Ministerial sustentou que a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade não merecia ser invocada ao caso, pois havia a independência da esfera administrativa com relação à criminal, de sorte que, o requisito exigido no edital no que diz respeito à inexistência de inquérito e/ou ação penal em desfavor do recorrido não ofenderia ao princípio constitucional da presunção de inocência, mas sim o princípio da moralidade administrativa. Isso porque a alegada garantia seria do campo processual penal visando tão somente a tutela da liberdade pessoal do agente não se ligando, portanto, à esfera administrativa. O que se demonstra é o caráter residual da proposição do Ministério Público de sorte que, em não se considerando processos criminais em curso para fins de obstar o caráter de presunção de não culpabilidade, que sejam vistos em função do princípio da moralidade administrativa.

Ora, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do caráter irradiante da garantia de não culpabilidade, salientando acerca de sua consideração em outros juízos de culpa, conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto impresso na ADPF 144, a saber:

“Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-se para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição -, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações jurídicas ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.”¹⁵²

Há de se considerar que as duas esferas, penal e administrativa, se relacionam tanto é que, em atenção ao caso dos autos, o próprio edital, que é um instrumento administrativo servível ao preenchimento de cargos e empregos da Administração Pública, se

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 144*. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Intimando(s): Tribunal Superior Eleitoral, Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, Partido Progressista – PP e outros. Relator (a): Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ligou ao âmbito criminal quando trouxe a exigência “de não poder o candidato estar respondendo a crime de natureza dolosa”, devendo para tanto, apresentar certidão negativa de antecedentes. Sendo assim, não há como essas duas esferas estarem dissociadas nesse caso.

A restrição imposta ao candidato em apreço afrontou não só o princípio da presunção de não culpabilidade como também o aspecto da individualização da pena. O Estado deve, através de seu poder de punir, impor as medidas que ache cabível para a justa “retribuição do ilícito praticado” pelo agente.

Noutro giro, o sistema penal Brasileiro estabeleceu no art. 59 do Código Penal o caráter prevencionista e retribucionista da sanção penal, devendo o Estado primeiramente aplicar penas alternativas à privativa de liberdade e somente se tais medidas não se mostrarem suficientes, deve-se prosseguir de fato à privação da liberdade. Entretanto, o sistema penal não deve ser visto somente diante de caráter retributivo da pena, ao contrário, a pena deve se prestar a inibição da prática de novos delitos. É nesse sentido que nasce a ideia do caráter preventivo da pena.

A prevenção especial dirige-se ao próprio indivíduo infrator. Sua finalidade é a seguinte:

“[...] busca de um convencimento subjetivo para que o mesmo não volte à prática do ilícito, medindo-se a pena por meios preventivos especiais, os quais visam ressocializar e reeducar o infrator da ordem jurídica intimidando os demais integrantes da coletividade a não praticar o ilícito, demonstrando as conseqüências e sanções legais pela prática.”¹⁵³

É nesse sentido que o art. 1º da Lei 7.210 estabelece que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”,¹⁵⁴ daí se extrai a importância dessa função da pena no que tange à ressocialização e reintegração social do indivíduo, tudo para que ele não volte a delinquir. Já dizia Cesare Beccaria em sua obra “Dos Delitos e das Penas”:

¹⁵³ MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 08 ago 2014.

¹⁵⁴ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal - LEP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.”¹⁵⁵

É inegável que os meios de que o Estado dispõe atualmente não são possíveis de acabar por completo com a criminalidade. Em que pese à ideia da ressociação (oriunda da função preventiva da pena) ser totalmente distinta da realidade, há na Lei de Execuções Penais um leque variado de possibilidades que visam garantir a (re) inserção dos apenados no meio social, ademais, esse é o sentido dos preceitos fundamentais garantistas incorporados em nossa Constituição. Infelizmente, não são todas as prisões que dispõem de oficinas habilitadas a prover possibilidades de trabalho ou estudos aos apenados. Observa-se a superlotação dos estabelecimentos prisionais, situação que dificulta até mesmo o desfrute das garantias mínimas inerentes à pessoa humana. Vale, portanto, a seguinte opinião:

“É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada em meio reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis.”¹⁵⁶

Na teoria, “a prevenção especial positiva tem por objetivo buscar o melhoramento do infrator, pois está provado que a criminalidade desvirtua o seu agente, tornando-o cada vez mais dependente do delito”. Essa premissa pode ser percebida diante do que ocorreu no *Leading Case* utilizado como parâmetro para o Recurso Extraordinário 560.900. Destaca-se que o sujeito obedeceu às condições estabelecidas em suspensão condicional do processo, ou seja, existiu confiança por parte do *Parquet* que o sujeito iria adequar sua conduta diante do processo criminal ao qual respondia. Percebe-se que o Órgão Ministerial, funcionando também como fiscal da lei, atentou-se à ideia de prevenção, de modo a provocar no próprio infrator seu melhoramento.

Em outros casos, no entanto, deve-se levar em consideração que mesmo que um sujeito tenha cometido um crime e mesmo que haja trânsito em julgado de sua condenação, há de se considerar questões pessoais diante do caráter de prevenção especial da pena. Assim, por exemplo, se um sujeito lograr êxito na aprovação em concurso público, as comissões de

¹⁵⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1764. Disponível em: <[http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos Delitos e das Penas - Cesare Beccaria.pdf](http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos_Delitos_e_das_Penas_-_Cesare_Beccaria.pdf)>. Acesso em: 15 set 2014.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 125.

concurso devem atentar para o atendimento do aspecto ressocializador (pelo estudo), ou seja, a função da pena defendida pelo próprio Estado fora respeitada. Nesse diapasão, os esforços do sujeito com vistas à sua reinserção na sociedade não devem ser desmerecidos.

Ressalta-se que o Estado prega que o estudo e o trabalho são importantes formas de ressocialização do sujeito que cometeu crime, tanto é assim que a Lei de Execução Penal traz algumas hipóteses de remição da pena através do trabalho ou estudo.¹⁵⁷

Isto posto, casos que envolvam o aparente conflito entre os princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade e da moralidade administrativa devem ser analisados segundo um critério de ponderação e proporcionalidade. Em um conflito de princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância ao caso concreto.¹⁵⁸

Na situação específica ocorrida no RE 560.900, parece que a presunção de não culpabilidade merece prosperar frente à moralidade administrativa, ou seja, esse princípio constitucional dota de um “peso maior”, mas nada impede que em outro caso concreto, o juiz reconheça a prevalência do princípio da moralidade administrativa.

As circunstâncias do caso concreto como a regra inconstitucional do edital, o fato de não haver sentença condenatória transitada em julgado e a própria ocorrência de suspensão condicional do processo justificam a prevalência do princípio da presunção de não culpabilidade segundo a análise que se estabeleceu acerca desses institutos. Nesse caso, tendo em vista o critério da proporcionalidade tem-se que o sacrifício do princípio da moralidade administrativa mostra-se útil à solução da exclusão do candidato do Curso de Formação, pois o fato da ocorrência de uma ação penal em desfavor do agente em que não há trânsito em julgado algum de sentença condenatória não se afigura como maus antecedentes e nem sequer tal situação pode ser tida como desabonadora da conduta moral do agente perante a Administração Pública, primeiramente, porque o edital previa tão somente à promoção tendo em vista um critério de antiguidade (e não de merecimento) e segundo porque o agente cumpriu as condições da suspensão condicional do processo.

¹⁵⁷ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal - LEP. Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 15 set 2014.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 209.

Nesse diapasão, a garantia constitucional de não ser considerado culpado até que sobrevenha sentença penal condenatória deteve a meu ver um peso maior em detrimento da preservação da característica moral da Administração. Esta, por sua vez, não estaria senão agindo em conformidade com a lei (legalidade estrita), ou seja, segundo o que é estritamente previsto e autorizado por lei. Retirar o candidato da corporação extrapolaria a esfera de razoabilidade pela Administração Pública.

CONCLUSÃO

Como visto, o tema da presente monografia restou-se estabelecido diante da questão constitucional suscitada no RE 560.900, dotado de repercussão geral. Trata-se da possibilidade de aplicação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade frente à restrição imposta pelo edital do concurso em impedir a participação em concursos públicos daqueles candidatos que estejam respondendo a processos criminais, sem, contudo, haver trânsito em julgado de sentença condenatória.

Em um primeiro momento, optou-se pela realização de uma síntese sobre o ocorrido no RE 560.900 de modo a se verificarem os posicionamentos assumidos tanto pela Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no julgamento da apelação interposta contra decisão de primeira instância (defendendo a prevalência do princípio constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade) como também aquele da Procuradoria do Distrito Federal ao interpor o Recurso Extraordinário contra acórdão do TJDFT (defendendo a prevalência do princípio constitucional da moralidade administrativa).

Percebeu-se que a questão abordada realmente transcende ao mero interesse subjetivo das partes porquanto é relevante que entidades que realizem certames públicos e promovem a contratação de pessoal, bem como todos os entes federados, corporações militares e a própria sociedade civil necessitam de esclarecimentos acerca da real abrangência do art. 5º LVII da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, foram estudados os princípios constitucionais da presunção de inocência ou de não culpabilidade visto que esses foram os argumentos suscitados pelas partes no RE 560.900 para ora afastar ora permitir a participação de candidatos de concursos públicos diante da situação de se encontrarem respondendo a processos criminais.

Ainda, salientou-se a presença de um conflito de princípios constitucionais entre a presunção de não culpabilidade e a moralidade administrativa. Conforme estudado, o Distrito Federal em sede de Recurso Extraordinário contra o acórdão proferido pela Sexta Turma Cível do TJDFT julgou pertinente a possibilidade de se considerar o princípio constitucional da moralidade administrativa em situações de existência de processos criminais em desfavor

de um candidato, mesmo que sem pronunciamento definitivo condenatório. Tal princípio, por sua vez, é ínsito às atividades desenvolvidas pela Administração Pública, posto que a conduta de um administrador público, aquele que vai lidar com o interesse público, deve estar embasada em preceitos éticos tais como honestidade, lealdade e boa fé.

A consideração de tal princípio estaria alicerçada, sobretudo, em sua importância diante de certames da carreira policial visto que necessário se faz a manutenção da ordem e respeito à lei. É nesse sentido que a existência de processos criminais mesmo não havendo trânsito em julgado de sentença condenatória, poderia se afigurar como fato desabonador de uma conduta que se pretende moralmente idônea pela Administração Pública culminando em impedimento para a assunção de cargos ou empregos públicos. Sob tal enfoque, observou-se que alguns editais de concursos públicos prevêem etapas de investigação no âmbito penal, investigação moral e/ou social com relação à vida de candidato.

Notou-se que o sentido dessas fases do concurso seria aferir todo o histórico criminal do candidato bem como sua conduta perante a sociedade verificando-se se contra ele existem registros criminais ou a adoção de algum comportamento reprovável socialmente, capazes de prejudicar sua boa conduta moral frente à Administração Pública. Assim, a exigência “nada consta criminal” e da certidão formal que atesta a idoneidade do sujeito demonstram que a esfera criminal se relaciona com a administrativa, pois a análise da vida criminal do candidato relaciona-se com a lisura esperada pela Administração Pública no desempenho de determinadas funções públicas.

Posteriormente, em relação ao conflito dos princípios constitucionais abordados, observou-se que o Supremo Tribunal Federal poderia vir a resolver a questão suscitada mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, mais precisamente diante da teoria da ponderação proposta por Alexy. Como visto, para que esse princípio seja aplicado, necessário se faz a presença de alguns critérios como a adequação do meio utilizado para chegar-se a um fim, necessidade desse meio para resolver o “conflito” e, por fim a utilização da proporcionalidade em sentido estrito (que leva em conta a relevância e a intensidade na intervenção de determinado direito fundamental).

Sobre esse aspecto, observou-se a invalidade da restrição imposta pelo edital ao candidato Robério Agostinho da Silva, optando-se pela incidência, nesse caso específico, do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Isso porque sequer houve a

prolação de sentença condenatória em desfavor do candidato visto que ele fora submetido à suspensão condicional do processo. Esta, por sua vez, gerou extinção da punibilidade do crime por ele cometido (falso testemunho) mediante cumprimento de determinadas condições estabelecidas pelo Ministério Público. Assim, em não havendo sentença condenatória, não poderia sequer ser discutida a culpabilidade do fato praticado pelo agente e, portanto, o aspecto da não culpabilidade inerente a todo cidadão restou-se claramente evidenciado.

Destaca-se que as circunstâncias de cada caso concreto são variáveis e sendo assim, presentes outras condições, o Supremo Tribunal Federal poderia decidir em prol de outro princípio constitucional, como por exemplo, o da moralidade administrativa se decidisse pela aplicação do princípio da proporcionalidade envolvendo casos semelhantes.

O Supremo Tribunal Federal poderia vir a fixar direcionamentos, ou seja, balizas para que o julgador (se, porventura, for analisar os processos que se encontram sobrestados devido à repercussão geral) possa dar a mais correta solução ao caso. Sob tal enfoque, é pertinente salientar que vários aspectos poderiam vir a ser consideradas pelo Supremo ao se julgar um caso concreto: a existência ou não de trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a existência ou não de suspensão condicional do processo com a conseqüente extinção da punibilidade do agente, a natureza dos crimes cometidos pelo candidato, a natureza do cargo a ser exercido (policial ou de fiscalização), a realização da função preventiva especial da pena em prol daqueles indivíduos que lograram aprovação em concurso público mediante estudo (mesmo que rotulados por maus antecedentes), entre outros aspectos. Nesse sentido, a Suprema Corte teria um leque variado de situações a serem observadas caso se socorresse da aplicação da teoria da ponderação pautada no critério da proporcionalidade.

. Nesse sentido, em havendo a possibilidade de serem considerados outros critérios no julgamento do caso concreto, não seria possível o estabelecimento de uma decisão invariável (vinculando os demais processos) para se determinar sob quais condições um sujeito será o não excluído de um certame público. Isso porque a própria aplicação do princípio da proporcionalidade culmina em decisões variáveis, pois as circunstâncias do caso concreto são variáveis.

Há de se levar em conta, portanto, tanto a consideração do princípio da presunção de não culpabilidade que aduz que processos criminais em curso prejudicam o status de não

culpabilidade do cidadão, como também a consideração de características subjetivas em relação ao candidato, ou seja, todos esses aspectos seriam ponderados pelo julgador.

O que fica demonstrado é que o Supremo Tribunal Federal como “guardião” da Constituição Federal pode assumir diversas interpretações acerca de um caso concreto tendo em vista a regra da proporcionalidade. Para este órgão, nenhum direito fundamental é absoluto, pois podem vir a ser relativizados.

Cada caso conta com suas peculiaridades que devem ser valoradas pelo julgador. Cabe a ele atentar, igualmente, para as modificações ocorridas na sociedade de modo a imprimir decisões que expressem o anseio social de justiça, sem, no entanto, prejudicar o caráter imparcial e legal da atividade do julgador.

REFERÊNCIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADA, Doorgal. *Limitação temporal dos efeitos penais e os maus antecedentes*. 2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/09/limitacao-temporal-efeitos-penais-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 01 set 2014.

BARATA, Ana Maria. *Questões relevantes sobre concurso público*. Disponível em: <<http://www.mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/040610091213.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20%20Cesare%20Beccaria.pdf>> Acesso em: 09.mai.2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed, Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO NETO, Inaciode. *Aplicação da pena*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

CIPRIANO, Bruno Rafael. *Considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do habeas corpus 84.078*. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13841&revista_caderno=22>. Acesso em: 06 mar. 2014.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio E. apud NETO. Inacio de Carvalho. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

JÚDICE, Mônica Pimenta. *Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 02 set. 2014.

LEMOS JÚNIOR, Ivaldo. *Afinal, o que são maus antecedentes?*. 2088. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:97qYuz1rrX0J:www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/download/159/194+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 27 ago 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Helly Lopes, et al. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 08 ago 2014.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; NOGUEIRA, Luís Eduardo Pôrto. *A investigação social para a aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível em concurso público*. Disponível em: <<http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/50620/a-investigacao-social.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas. 2014.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. *Considerações acerca dos maus antecedentes criminais*. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14920>>. Acesso em: 10 set 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Extinção dos efeitos da reincidência e maus antecedentes*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/extincao-dos-efeitos-da-reincidencia-e-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Aplicação de maus antecedentes e agravante da reincidência configura bis in idem*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081117102241332&mode=prin>. Acesso em: 18 ago. 2014.

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. *Princípio da moralidade institucional: Conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SALLES, Roberto de Almeida. *A natureza da suspensão condicional do processo*. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/?idcanal=24963>>. Acesso em: 09 set. 2014.

SANNINI NETO, Francisco. *Análise de maus antecedentes em processos penais possui divergências*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/analise-maus-antecedentes-processos-penais-possui-divergencias>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Jus Podvm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal Brasileiro*. São Paulo, 2011.

WELZEL, Hans; REZENDE, Afonso Celso. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.